Meiner Mutter

gewidmet.

Der Mäkler im Römischen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

eingereicht von

Paul Grünfeld

aus Kattowitz.

BERLIN

Gedruckt bei Nollenberg & Schob

1904

Literatur-Verzeichnis.

Auerbach: Der Mäklervertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipziger Dissertation. Bromberg 1902.

Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Bücher: Entstehung der Volkswirtschaft. 3. Auflage, 1901.

Burchard: Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags. Bd. 52, Seite 235 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Auflage, Jena 1900.
Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Auflage, Stuttgart 1900.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Band, 2. Hälfte, Tübingen und Leipzig 1902.
Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen 1897.

Corpus Juris Civilis, Editio Aemilii Hermanni. Lipsiae 1856.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. 2. Band, 2. Abteilung, 1. und 2. Auflage, Halle a. S. 1901.

Düringer und Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 mit Ausschluss des Seerechts, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert. Band 1, Mannheim 1899.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 6. und 8. Auflage, Band 2, Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Band 1, 2. Auflage, Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Fischer-Henle: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen. 3. Auflage, München 1899.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht. 2. Band, 7. Auflage, Berlin.

Frensdorff: Der Makler im Hansagebiete, enthalten in der Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Ferdinand Regelsberger zum 70. Geburtstage. Leipzig 1901.

Goldschmidt: Universalgeschichte des Handels. 1891.
System des Handelsrechts.
Zeitschrift für Handelsrecht.

Grimm, Jacob und Wilhelm: Deutsches Wörterbuch.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Haidlen: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1. Band, Stuttgart 1897.

Heine: Der Mäklervertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Leipziger Dissertation. Borna-Leipzig 1903.

Jacusiel: Das Recht der Agenten und Mäkler. Heft 2, Das Recht der Mäkler, Berlin.

Koch: Der Mäklervertrag und der Entwurf eines deutschen Obligationenrechts enthalten in der deutschen Gerichtszeitung, Organ des deutschen Juristentages. 2. Band, Berlin 1867.

Koenig-Fachsenfeld, von: Der Mäklervertrag, (pactum proxeneticum) im gemeinen Recht, Tübinger Dissertation. Stuttgart 1896.

Kohler: Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1900.

Kuhlenbek: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band, 1. Abteilung, 2. Auflage, Berlin 1903.

Kuhn: Zur Lehre vom Mäklergeschäfte, enthalten im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Band 6, Darmstadt und Leipzig 1869.

Laband: Zeitschrift für deutsches Recht. Band 20, Tübingen 1861. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 10.

Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preussischen Allgemeinen Landrechts. Leipzig 1898.

Leyser: Ein Vergleich zwischen Mäklervertrag und Werkvertrag, Erlanger Dissertation. Görlitz 1903.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1900, 1. Band, 4. Auflage.

Meisner: Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum 2. Buche des Bürgerlichen Gesetzbuches. Breslau 1898.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band 2, Berlin und Leipzig 1888.

Neubauer: Der nichtkaufmännische Mäklervertrag. Berlin 1892.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1899.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Planck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. und 2. Auflage, Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band 2, Berlin 1897.

Reichstags-Kommissionsberichte, Reichstagssitzungsprotokolle.

Reuling: Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler enthalten in Gruchot, Band 40, 6. Folge, 5. Jahrgang, 4. und 5. Heft, Berlin 1901.

Riesenfeld: Der Civilmäkler. Beiträge zu der Lehre von den Agenten, enthalten in Gruchot, Band 36, 5. Folge, 1. Jahrgang 1892, Berlin 1892 u. Band 37, 5. Folge, 2. Jahrgang 1893, Berlin 1893.

Rocholl: Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Band 2, Breslau 1885.

Rocholl-Niedner: Vorschläge zur Abänderung des Entwurfes eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches in Form eines Gegenentwurfes mit kurzer Begründung. 2. Buch, Obligationenrecht, Breslau 1901.

Rospatt: Zwei Streitfragen des Mäklervertrages, enthalten in Gruchot, Band 45, 6. Folge, 5. Jahrgang, 6. Heft, Berlin 1901.

Scherer: Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Band, §§ 241-853, Heft 5, Erlangen 1898.

Schindler: Die gewerbsmässige Heiratsvermittelung. Berlin 1901.

Seneca: De beneficiis.

Seuffert: Archiv der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Archiv für die civilistische Praxis.

Staudinger, von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 15. Lieferung, Band 2, München 1901.

Sohm: Institutionen, Lehrbuch der Geschichte und des Systems des Römischen Privatrechts. 10. Auflage, Leipzig 1901.

Schmoller: Die Strassburger Tucher- und Weber-Zunft.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 6. und 7. Auflage, 1. Band, Berlin 1900.

Suarez: Sammlung alter und neuer Provinzialgesetze Schlesiens. Band 1.

Strippelmann: Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel. 7. Teil, 1. Heft, Cassel 1851.

I.

Allgemeine Uebersicht.

Bei allen Geschäftsabschlüssen, die der moderne wirtschaftliche Verkehr zeitigt, wird man darauf bedacht sein, kein Moment zu vergessen, welches das Geschäft günstiger gestalten könnte. Da man aber selbst zu der Vorbereitungstätigkeit aus verschiedenen Gründen oft ausser Stande ist, muss man sich zu diesem Zweck an Leute wenden, denen Zeit, genügende Orts-, Sach- und Personenkenntnis für das betreffende Vorhaben zu Gebote stehen. Das Nachweisen günstiger Gelegenheiten zu Geschäftsabschlüssen, vermittelnde Tätigkeit zur Vorbereitung derselben werden die Hauptaufgaben dieser Personen auf Gebieten wie Kauf, Tausch, Miete, Darlehen usw. bilden. Entsprechend dem Prinzip der sich immer weitschichtiger entwickelnden Arbeitsteilung haben derartige Qualifikationen zu dem besonderen Gewerbe[1]) der Mäkler geführt, das bald die ausschliessliche Erwerbsquelle für sie bildet, bald als Hauptgewerbe neben sonstigen Gewerben, bald als Nebengewerbe allein auftritt.

Anfangs wurde das Mäklergewerbe vom Recht stiefmütterlich behandelt. Wenn auch im Altertum in Rom, besonders zu Ulpians Zeiten, das Mäklergewerbe in höchster Blüte stand[2]), ist doch aus jener Zeit

[1]) Einen gewerbsmässigen Charakter hat die Heiratsvermittelung erst in sehr vorgeschrittener Kulturepoche angenommen, so in Rom zu Ulpians Zeiten, wie aus der l. 6. C. 5. 1. geschlossen werden darf, so heutzutage, wie man aus den zahlreichen Heiratsvermittelungsbureaux und den vielfach hierauf bezüglichen Zeitungsannoncen tagtäglich zu ersehen Gelegenheit hat. S. K.-Fachsenfeld S. 23.

[2]) l. 3. Dig. 50. 14. spricht von eigenen Schreibstuben der Mäkler, die daher wohl ein ausgedehntes Gewerbe betrieben haben.

unsere ganze Kenntnis von dem pactum proxeneticum und der Tätigkeit der proxenetae auf einige kleine Stellen bei Seneca[1]), auf den 14. Titel des 50. Buches der Pandekten „de proxeneticis“ und die l. 6. C. „de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis“ 5. 1. beschränkt.

Das Recht des Mittelalters, welches durch seinen vielgestalteten Verkehr schon ein weiteres Feld für Mäklertätigkeit eröffnet hatte, entbehrte einschlägiger Gesetzesvorschriften und die rezipierten Bestimmungen über das Mäklerwesen konnten die leere Stelle nur unvollkommen ausfüllen. Die Fortentwickelung wurde der Praxis und Judikatur überlassen, die Mäklerprozesse nicht zu ihren angenehmsten Aufgaben zählte.

Der Mäkler war von jeher in der Gesellschaft wenig angesehen. Schon im alten Rom begleitete seine Tätigkeit eine gewisse Verachtung, die in der Bezeichnung des Geschäfts der proxenetae als eines „negotium vile et sordidum“ ihren Ausdruck fand[2]). Es war natürlich, dass sich in einem Berufe, dem das Gesetz keine Schranken zog, die zweifelhaftesten Elemente fanden, um ihr Glück zu versuchen, und ebenso natürlich, dass sie ihre Freiheit nach allen Richtungen hin ausbeuteten, in dem für sie massgebenden Bewusstsein, nichts verlieren, sondern nur gewinnen zu können. Und so erhielt sich diese Anschauung zum teil mit Recht, zum teil mit Unrecht bis in die neueste Zeit[3]).

Während die grosse Masse sich ihr Urteil nur nach den Tatsachen ohne Rücksicht auf Ursache und Wirkung bildete, musste man doch wenigstens in Fachkreisen die Wurzel des sozialen Uebels entdecken und mit scharfer Schneide des Gesetzes ein für allemal unfruchtbar machen. Es wurden schwache Anläufe gemacht, um für die Judikatur eine feste Grundlage zu gewinnen, aus denen aber nur rechtliche Einschränkungen und Unterstellung des Mäklerinstituts unter andere ähnliche Rechtsverhältnisse, wie Auftrag, Dienst-

[1]) Seneca: de beneficiis II, c. 23, III, c. 15; epistol. 119.

[2]) S. dazu 1. 3. Dig. 50. 14 und die bei K.-Fachsenfeld auf S. 21 Anm. 3 angeführten Schriftsteller.

[3]) Im Hamburgischen heisst es heute noch: „Ein bedorven Koopmann ist ein gut Mekeler.“

vertrag, Werkvertrag, Verträge über Handlungen und Vollmachtsvertrag usw. resultierten.

In der Gegenwart war die Verleugnung des Bedürfnisses unmöglich, den Mäklervertrag, den bisherigen ruhelosen Vertragsbastard, endlich legal als Vertragsspezies zu behandeln.

Um so wunderlicher mutet der Standpunkt des ersten Entwurfes[1]) zum Bürgerlichen Gesetzbuche an. Abgesehen von der Regelung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Mäkler für seine Bemühungen einen Lohnanspruch hätte, erschienen damals noch die allgemeinen Grundsätze über Verträge, bezw. die für den Dienstvertrag, den Werkvertrag oder das Mandat geltenden Rechtsnormen durchaus genügend für die Beurteilung des Mäklervertrags. Wie unhaltbar eine derartige Anschauung war, zeigte sich später in der 2. Kommission[2]) und besonders in der Reichstagskommission[3]).

Ebenso wie in Deutschland kam man auch im Auslande zu der Ansicht, dass das Mäklerinstitut einer Regelung durch das Gesetz bedürfe. In den einzelnen Ländern aber gestaltete sich die gesetzliche Behandlung desselben verschiedenartig, trotzdem natürlich die Gleichheit der Bedürfnisse und Interessen eine gewisse Uebereinstimmung hervorrufen musste.

Das Oesterreichische Gesetzbuch[4]) und die an den Code civil[5]) sich anlehnenden Gesetzbücher von Italien,

[1]) Entwurf 1 enthielt nur einen einzigen, dem jetzigen § 652 Abs. 1 ungefähr entsprechenden Paragraphen über den Mäklervertrag.

[2]) Die 2. Kommission fügte die §§ 652 Abs. 2 und 653 hinzu.

[3]) Die §§ 654—656 sind die Erfolge der Reichstagskommission.

[4]) Das Oesterreichische Gesetzbuch erklärt im § 879 Nr. 1 Verträge für ungültig, durch welche etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird. Im übrigen sind keine besonderen Vorschriften über den Mäklervertrag aufgenommen. Zur Beurteilung desselben ist heranzuziehen der entgeltliche Vertrag über Dienstleistung. (S. Neubauer, a. a. O. S. 47.)

[5]) Die allgemeine Fassung, welche der Code civil, das italienische, spanische, portugiesische Gesetzbuch der Umschreibung des Mandats geben, lässt erkennen, dass sie den Mäklervertrag dem Mandat unterstellt wissen wollen.

Der Code civil sagt im Art. 1984: Mandat sei ein Akt, durch welchen jemand einem anderen die Befugnis (pouvoir) gibt, etwas für ihn und in seinem Namen zu tun.

Das italienische Gesetzbuch formuliert in Art. 1737: Mandat

Portugal und Spanien enthalten im übrigen keine originelle Behandlung des Mäklervertrages, sondern begnügen sich weiterhin mit der Unterstellung desselben unter entgeltliche Verträge über Dienstleistungen und unter das Mandat.

Dem Schweizer Obligationenrecht gingen zwei Entwürfe[1]) mit Vorschriften über den Mäklervertrag voraus, deren Aufnahme in den Gesetzestext ohne Begründung abgelehnt wurde; auch hier mussten wiederum die Vorschriften des Kapitels über den Auftrag[2]) dem Mäklervertrage genugtun.

In den englisch-amerikanischen Gesetzbüchern finden sich nur Bestimmungen über den agent[3]) d. h. Handlungsgehilfen oder den im Auftrage (upon commission) kaufenden oder verkaufenden Kaufmann. Feste Angaben über das Mäklerinstitut bringen Stimsons „american statute"[4]) von 1866 und Bouviers „law

sei ein Vertrag, kraft dessen jemand sich verpflichtet, ohne oder gegen eine Entschädigung ein Geschäft zu besorgen (compiere un affare) für Rechnung eines anderen, von welchem er dazu den Auftrag hatte (ha avuto l'incarico).

Das portugiesische Gesetzbuch bestimmt in Art. 3118: Ein Mandatsvertrag liege vor, wenn jemand beauftragt ist (se encarrega), etwas zu leisten (prestare) oder zu tun (fazer) im Namen des anderen.

Das spanische Gesetzbuch definiert in Art. 1709: Durch den Mandatsvertrag verpflichtet sich jemand irgend einen Dienst zu leisten (prestar) oder irgend eine Sache zu machen (hacer) für Rechnung oder zu Lasten (encargo) eines anderen. (Vergl. Neubauer, a. a. O. S. 47 ff.)

[1]) Der 1869—72 aufgestellte Entwurf traf seine Bestimmungen im Titel vom Dienstvertrage in den Art. 335—337. Der Entwurf von 1876 stellte hinter den Dienstvertrag einen besonderen Titel „Makler- oder Sensalenverhältnis" ein, mit den Art. 335—337a; s. das Nähere Neubauer a. a. O. S. 48.

[2]) Art. 405 des Schweizer Obligationenrechts lautet: Die Vorschriften dieses Kapitels (nämlich desjenigen über den Auftrag) kommen auch zur Anwendung, wenn jemand den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln übernimmt, ohne zu einer der beiden Parteien in einem dauernden Dienstverhältnisse zu stehen.

[3]) Das Gesetzbuch von Kalifornien definiert im § 2295: Agent sei jemand, der einen anderen (Prinzipal genannt) im Verkehr (dealings) mit Dritten vertrete (represent).

[4]) Im american statute law lautet § 5265: Der Makler (broker or intermediary) ist derjenige, welcher verwendet wird (is employed), ein Geschäft zwischen zwei Personen zustande zu bringen (negotiate) und deshalb als Beauftragter beider Teile gilt. Die Verpflichtungen des Mäklers haben in vielen Beziehungen Aehnlichkeit mit denjenigen eines gewöhnlichen Beauftragten (mandatary). S. d. Nähere Neubauer a. a. O. S. 49 ff.

dictionary" von 1875[1]). Obgleich es in Amerika an gesetzlichen Bestimmungen über das Mäklerwesen mangelt, hat dieses geschäftstüchtige Volk sich doch auf der Basis des reichen Verkehrs gewisse Formen dafür herausgebildet, die zum grossen Teil mit unserer Neuordnung des Instituts identisch sind.

Das Institut des Mäklers, welcher schliesslich in allen Kulturländern seine Tätigkeit und rechtliche Beachtung gefunden hat, bis auf seinen Ursprung zu verfolgen, ist schon oft zum Gegenstand von Untersuchungen gemacht worden[2]).

Das Wort Makler, Mäkler, das heute als Hauptwort rechtlich eine Person bezeichnet, die sich entweder als Handelsmäkler[3]) oder als Civilmäkler[4]) charakterisiert, stammt aus dem Niederländischen und Niederdeutschen; es ist ein gemeinsames niederländisches und niederdeutsches Kaufmannswort, hier Mekeler, dort Mäkeler lautend. Von ersterem leitet sich unser Mäkler, Makler her, von letzterem das heutige holländische Makelaar. Das Zeitwort zu dem Hauptworte Mekeler mäkeln als Weiterbildung des niederdeutschen mekeln führt schliesslich zu dem hochdeutschen mächeln, einer Sprachvariante von machen, dem dazugehörigen, im 18. Jahrhundert gebräuchlichem Hauptworte Mecheler gleich Unterkäufer und Mechele in der weiblichen Form gleich Kupplerin[5]).

[1]) Law dictionary bestimmt unter Broker: Mäkler seien diejenigen, welche beauftragt werden (are engaged) für andere mit Vermittelung (negotiation) von Verträgen betreffend das Eigentum, während sie mit der Aufbewahrung (custody) nichts zu tun haben. S. das Nähere Neubauer a. a. O. S. 50 ff.

[2]) Vergl. hierüber Laband, Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. 20, S. 17. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handels, S. 252. System des Handelsrechts (Grundriss), S. 120. Universalgeschichte, S. 22, 250 ff. Zeitschr. f. H. R., Bd. 28, S. 130. Bücher, Entstehung der Volkswirtschaft, S. 145. Zeitschr. f. H. R., Bd. 30, S. 444. Schmoller, Die Strassburger Tucher- und Weberzunft, S. 430.

[3]) Handelsmäkler ist, wer gewerbsmässig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung und Veräusserung von Waren oder Wertpapieren über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete und sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt.

[4]) Civilmäkler ist, wer sich für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Rechtsgeschäfts oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Lohn versprechen lässt.

[5]) Grimm, Deutsches Wörterbuch, S. 4. Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache, auch Frensdorff, Der Makler im Hansagebiet, S. 266/267.

II.

Römisches Recht und neuere Rechte.

Die beiden Hauptstellen, die das corpus juris in den Digesten und dem Codex über den proxeneta gibt, lauten wörtlich: Dig. L. 14. de proxeneticis:

1. Ulpianus (libro XXXXII ad Sabinum) Proxenetica jure licito petuntur.
2. Idem — (libro XXX ad Edictum). — Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri; et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen. Idem dico, et si aliquid philantropi nomine acceperit, nec ex locato conducto erit actio. Plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur.
3. Idem (libro VIII, de omnibus Tribunalibus). — De proxenetico, quod et sordidum, solent Praesides cognoscere; sic tamen ut et in his modus esse debeat et quantitatis et negotii, in quo operula ista defuncti sunt, et ministerium qualequale accomodaverant. Facilius, quod Graeci Hermeneutikon (interpretativum s. interpretis honorarium) appellant, peti apud eos poterit, si quis forte conditionis, vel amicitiae, vel assessurae vel cuius alterius huiuscemodi proxeneta fuit; sunt enim huius modi hominum, ut in tam magna civitate, officinae. Est enim proxenetarum modus, qui emtionibus, venditionibus, commerciis contractibus licitis utiles non adeo improbabili more se exhibent.

Die Sätze Ulpians sind also folgende:

1. Es ist rechtlich gestattet, Mäklerlöhne einzuklagen.
2. Derselbe 31. Buch, Kommentar zum Edikt. — Vermittelt ein Mäkler einen Darlehnsabschluss, was häufig vorkommt, so muss man prüfen, ob er als Auftraggeber in Anspruch genommen werden könne. Ich bin dieser Ansicht nicht; denn er weist vielmehr den Darlehnsempfänger nach, als dass er

einen Auftrag gibt, wenn er auch diesen anpreist. Dasselbe sage ich auch, wenn er irgend etwas als Mäklerlohn empfangen hat, und man wird eine Klage aus dem Dienstvertrage nicht gegen ihn anstrengen können. Freilich wird er, wenn er den Gläubiger arglistig und schlau hintergeht, durch die Betrugsklage zu belangen sein.

3. Ueber die schmutzige Mäklerlohnforderung entscheidet gewöhnlich der Magistrat, doch in der Weise, dass auch hierin Mass gehalten werden muss hinsichtlich der Summe und des Geschäftes, in welchem die Mäkler jene geringe Tätigkeit entwickeln und irgend einen Dienst geleistet haben. Noch eher wird das, was die Griechen Hermeneutikon nennen, bei ihm eingeklagt werden können, wenn einer vielleicht eine Stellenvermittelung, eine freundschaftliche Verbindung, eine Verschaffung von öffentlichen Aemtern oder irgend etwas dergleichen als Mäkler besorgt hat; denn es befinden sich in dieser so grossen Stadt Schreibstuben solcher Leute. Es gibt nämlich eine bestimmte Anzahl Mäkler, welche nach einer nicht eben zu missbilligenden Sitte bei Käufen, Verkäufen, Handelsgeschäften, überhaupt erlaubten Kontrakten gute Dienste leisten.

Die Kodexstelle Lex 6 C. De sponsalibus et arrhis sponsaliciis V. 1. lautet: Constitutio vult, ut proxeneta nuptiarum potissimum nihil capiat. Si tamen omnino sustinet accipere, si quidem nihil de ea re convenerit, nihil omnino consequatur; sin pactum intercesserit, non ultra vicesimam partem dotis et ante nuptias donationis exigat, si dos ducentas libras auri non excedit. Minus autem si volet accipere, liberum ei facit. Cuiuscunque vero quantitatis dos fuerit, ultra decem libras auri proxenetam accipere non permittit, neque si perfecta est dos vel ante nuptias donatio. Quodsi praeter haec aliquis pactus sit, ne exigatur, sed et solutum reddatur, sive pecuniam accepit sive res, sive data est ei cautio debiti, sive omnino accepit aliquid mobile vel immobile vel se movens; movendis actionibus non solum contra accipientem, sed etiam contra eius heredes, nec solum ab eo, qui dedit, sed etiam ab eius heredibus; poena decem

librarum auri definita adversus eos, qui contra haec facere tentaverint.

Also: Die Konstitution bestimmt, dass ein Ehemäkler nichts erhalten soll. Wünscht er nun auch ohne eine diesbezügliche Abrede etwas zu erhalten, kann er überhaupt keinen Anspruch machen; wenn aber ein Lohn verabredet ist, soll er nicht mehr als den 20. Teil der dos und donatio ante nuptias fordern dürfen, insofern nämlich das Heiratsgut den Betrag von 200 Pfunden Goldes nicht erreicht; ganz nach seinem Willen kann er sich aber auch weniger ausbedingen. Sollte jedoch das Heiratsgut mehr als 200 Pfund Goldes betragen, so darf der Freiwerber nicht mehr als 10 Pfund Goldes erhalten, sogar dann nicht, wenn das Heiratsgut oder die donatio ante nuptias bereits übergeben ist. Hat sich der Freiwerber ausserdem etwas versprechen lassen, so soll es nicht nur nicht von ihm gefordert, sondern das Gezahlte sogar zurückgegeben werden, mag er Geld oder Sachen empfangen haben, ihm ein Schuldschein, oder überhaupt etwas Bewegliches oder Unbewegliches oder ein lebendes Tier übergeben worden sein. Die darob anzustellenden Klagen finden nicht bloss gegen den Empfänger, sondern auch gegen dessen Erben statt und stehen nicht nur dem Geber, sondern auch dessen Erben zu; es ist eine Strafe von 10 Pfund Goldes gegen diejenigen bestimmt, welche gegenwärtige Vorschrift zu umgehen suchen.

Das Römische Recht stattete das pactum proxeneticum nicht einmal mit einer ordentlichen Klage aus, da bei dem grossen Gebiete der Rechtsverhältnisse, auf dem der proxeneta seine Tätigkeit entfaltete, sein Einfluss auf die ganze Verkehrswelt oft schmarotzerhaft ausartete; ein richtiges Bewusstsein der Unentbehrlichkeit bei manchen Geschäftsabschlüssen liess seine Lohnforderung häufig bis ins Ungemessene steigen. Das gewissenlose Verhalten eines Teiles der proxenetae setzte den ganzen Stand in argen Misskredit, sodass der Mäkler allgemein Geringschätzung

erfuhr. Seneca[1]) warnt seinen Freund Lucilius intercessores an sich herankommen zu lassen mit den Worten: „nolo proxenetae nomen tuum iactent".

Der gewöhnliche technische Ausdruck für den Mäkler in den Quellen ist proxeneta, für den Mäklerlohn proxeneticum; in der lex 3 findet sich auch schon das dem Griechischen entstammende Hermeneutikon. Andere quellenmässige Bezeichnungen für den Mäkler sind: mediator, internuncius, minister (medius) pararius, intercessor; Mäklerlohn ist ferner ausgedrückt durch: philanthropum, praemium, honorarium[2]). In den späteren römischrechtlichen Schriften ist eine weitere Anzahl von Namen dazu gekommen; hier wird der Mäkler genannt: philanthropus, interpres, mercurius, interpolator, conciliator et interlocutor, censarius, curritor, curraterius usw., und der Mäklerlohn: interpondium, interpetitium, aes perarium, salarium usw[3]).

Der Digestentitel beschäftigt sich mit dem Mäkler gemeinhin, während die Kodexstelle nur für die Heiratsmäkler besondere Bestimmungen trifft. Nach der allgemein herrschenden Ansicht ist der Mäklervertrag in den Digesten als ein contractus sui generis, als Innominatkontrakt, behandelt und scharf von Verträgen ähnlicher Art geschieden. Diese Unterscheidung ist in der gemeinrechtlichen Literatur nicht mehr in derselben Schärfe aufrecht erhalten worden und zwar nicht zum Vorteil einer klaren Auffassung des ganzen Rechtsinstituts. Da man die Lücken der in den Quellen gegebenen gesetzlichen Regelung des Mäklervertrags empfunden hat, ist man in der gemeinrechtlichen Doktrin bestrebt gewesen, sie dadurch auszufüllen, dass man die entsprechenden Rechtssätze jener Institute herangezogen hat.[4]) Infolgedessen ist man zu dem Ergebnisse gekommen, den Mäklervertrag überhaupt jenen ähnlichen Rechtsverhältnissen als Unterart zu unterstellen; so

[1]) Epistol. Moral. lib. XX No. 2 (119 § 1).

[2]) Vergl. K.-Fachsenfeld a.a.O. S. 16 und die dort angegebenen Quellenstellen.

[3]) S. Anmerkung 2.

[4]) Ausführliche Erörterung über diese im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu streifende Frage finden sich bei Riesenfeld in Gruchot, a. a. O. Bd. 37, S. 30-38, Planck, a.a.O. S. 393, Oertmann, a. a. O. S. 377, Auerbach, a. a. O. S. 10, Leyser, a. a. O. S. 11 ff., Laband,: Die Lehre von den Mäklern S. 4 ff (Zeitschr. f. D. R. Bd. 20).

haben einzelne Schriftsteller den Mäklervertrag der locatio conductio operis, andere der locatio conductio operarum, dritte dem mandatum untergeordnet. Die Schriftsteller des preussischen Landrechts haben Vollmachtsverträge und Verträge über Handlungen ergänzend herangezogen. Die Auffassung als locatio conductio operis[1]) hat deswegen zu keinem befriedigenden Ergebnis führen können, weil der herbeizuführende Erfolg nicht vom Mäkler, sondern von den Parteien abhängt. Auch ist Gegenstand des Werkvertrages eine materielle Produktion, während die Vermittelungstätigkeit des Mäklers die rein ideelle ist, den Willen zweier Personen zur Uebereinstimmung zu bringen. Zum Dienstvertrag hat man den Mäklervertrag wegen der opere liberales, die der Mäkler leistet, nicht rechnen können; denn nach römischer Anschauung sind Gegenstand der locatio conductio operarum nur operae illiberales, d. h. Dienste niederer, mechanischer Art, gewesen. Die Unterstellung unter das Mandat ist schon wegen der lex 2 Dig. 50. 14. ausgeschlossen, welche ausdrücklich die actio mandati dem proxeneta verweigert; ausserdem lautet ja der Grundsatz für das Mandat in der lex 1 § 4 Dig. mandati vel Contra 17. 1: mandatum, nisi gratuitum, nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit. Die, wie erwähnt, an diese Subsumierungen des Mäklervertrags unter andere Rechtsverhältnisse angelegte Sonde der Kritik hat das Resultat zeitigen müssen, den Mäklervertrag als Innominatvertrag zu behandeln. Wenn Auerbach[2]) aber seine Ausführung über die obige Frage mit der Bemerkung schliesst, dass das Gemeine Recht ebenso wenig wie das Römische einen selbständig normierten Mäklervertrag kennt, so können wir für das Römische Recht diesen Standpunkt keineswegs teilen; freilich sind die Quellen lückenhaft, aber ein selbständig normiertes Vertragsgebilde ist immerhin vorhanden.

Der 14. Titel des 50. Buches der Digesten entscheidet zunächst in keiner Weise zwischen Civil- und Handelsmäkler; er gibt uns jedoch Anhalt für die verschiedenen Arten von Tätigkeiten, welche der Mäkler

[1]) Diese Auffassung ergibt sich aus dem System des A. L. R.; sie ist vielfach bestritten.

[2]) Auerbach a. a. O. S. 10.

in Rom zu Ulpians Zeiten entfaltet hat. Dass die Zahl der Mäkler in Rom eine recht erhebliche gewesen sein muss, geht aus der lex 1 Dig. h. t. hervor, welche sagt: Si proxeneta . . . , ut multi solent. Weiter spricht die lex 3 Dig. h. t. von den emtionibus, venditionibus, commerciis, contractibus licitis, welche Gegenstand der Mäklertätigkeit bilden.

Sodann heisst es von den proxenetae, dass sie bei den eben genannten Geschäften se exhibent, d. h. sich betätigen, ein Gewerbe daraus machen. Dieselbe lex bestimmt: . . . si quis forte conditionis, vel amicitiae, vel assessurae, vel cuius alterius huiuscemodi proxeneta fuit; sunt enim huiusmodi hominum, ut in tam magna civitate officinae. Bei näherer Betrachtung findet man, dass, wie schon oben gesagt, fast sämtliche Rechtsverhältnisse hiermit als Gegenstand der Mäklertätigkeit bezeichnet sind[1]). Selbst Freundschaften, Vereinigungen zu gemeinschaftlichen Reisen und dergleichen hat man ebensowohl durch Mäkler schliessen können wie Handelsgeschäfte und Geschäfte des bürgerlichen Verkehrs[2]). Ganz eigenartig ist die Tätigkeit des Mäklers bezüglich der assessurae, der Vermittelung von öffentlichen Aemtern, gewesen.

Worin bestand nun die Tätigkeit des Mäklers? Die lex 3 spricht von „operula ista" und die lex 2 ergänzt die Tätigkeit des Mäklers durch „monstrat nomen und laudat nomen". Hieraus ergibt sich, dass die Dienstleistungen des Mäklers als operae liberales angesehen worden sind, bei denen die rein mechanische Tätig-

[1]) Die officinae erinnern sogar an die in der modernen Zeit in den Grossstädten vorkommenden Mäklerinstitute, welche zur Bewältigung ihrer Tätigkeit grosse Bureaux unterhalten.

[2]) Unerlaubte Geschäfte haben einen rechtsgiltigen Gegenstand der Tätigkeit des Mäklers nicht bilden können. Aus ihnen hat er keinen rechtlich zu erzwingenden Anspruch, da die allgemeinen Grundsätze über sittliche und unsittliche Rechtsgeschäfte auch auf die Rechtsbeziehung des Mäklers zu seinem Auftraggeber Anwendung finden.

Die Stellung des Heiratsmäklers ist besonders in der l. 6. C. 5. 1. geregelt; wie zahlreich auch dieser Berufszweig im alten Rom vertreten gewesen ist, geht aus der lex 18. Dig. 23. 1. hervor, in welcher Ulpian in dem 6. Buche seines Comm. zum Edikt sagt: in sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram, an per internuntium vel per epistolam, an per alium hoc factum est, et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur.

keit allein nicht ausschlaggebend gewesen ist. Das „monstrare nomen" würde unserm heutigen „Nachweis von Gelegenheit" entsprechen, während das „laudare nomen" ähnlich, wie unser modernes gesetztechnisches Wort „Vermitteln des Vertragsabschlusses" eine weitergehende Tätigkeit des Mäklers ausdrückt. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller des 19. Jahrhunderts sind recht zaghaft in der Interpretation des Wortes „laudare" vorgegangen. Kuhn[1]) glaubt schon sehr extensiv zu interpretieren, wenn er „laudare" dahin erklärt: Die Auseinandersetzung der für den Geschäftsabschluss sprechenden Gründe gegenüber den Auftraggebern. Auch Laband[2]) scheint nicht weitergehen zu wollen. Wir halten trotzdem unsere Interpretation für unbedenklich; denn im Grunde genommen ist auch die Auseinandersetzung der für den Geschäftsabschluss sprechenden Gründe gegenüber dem Auftraggeber nichts anderes als eine vermittelnde Tätigkeit.

Mit den wenigen Worten der Quellen ist eine befriedigende Definition der Tätigkeit des Mäklers durch das Römische Recht nicht gegeben. Der Grund hierfür ist darin zu finden, dass die Tätigkeit des Mäklers eine zu vielgestaltige ist, als dass der Gesetzgeber einen einheitlichen Begriff dafür hätte aufstellen können oder wollen. Dem Mangel der Definition haben schon die Glossatoren und späteren mittelalterlichen Juristen abzuhelfen versucht; so definiert Accursius[3]) in seiner glossa ordinaria den Mäkler und seine Tätigkeit: proxeneta est, qui inquirit voluntates aliquorum vel ad munera vel ad contractus vel ad amicitias faciendas vel similia. Auch diese Definition kann nicht als erschöpfend bezeichnet werden, denn sie berücksichtigt lediglich die in dem „monstrare", nicht die in dem „laudare" liegende Tätigkeit des Mäklers, die auf die Willenseinigung der Parteien gerichtet ist.

Genauer ist die Definition[4]) des Cuiacius im 18. Kapitel des 11. Buches seiner „Observationes et Emendationes", die auch von den meisten späteren Schrift-

[1]) Kuhn a. a. O. S. 230.

[2]) Laband, Die Lehre von den Mäklern. S. 6 ff. (Zeitschr. f. D. R. Bd. 20.)

[3]) S. K.-Fachsenfeld a. a. O. S. 18.

[4]) S. K.-Fachsenfeld und die dort angegebenen Schriftsteller S.18.

stellern teils wörtlich, teils mit unwesentlichen Abänderungen übernommen worden ist. Sie lautet: proxenetica sunt praemia, quae debentur interpretibus et parariis. Hi sunt, qui Graece proxenetae dicuntur, quorum scilicet beneficio et interventione inter duos pluresque negotia contrahuntur vel nomina vel nuptiae vel amicitiae vel judici consiliarius adjungitur.

Will man die Definition des Mäklers aus den Quellen selbst möglichst scharf und knapp herausschälen, so kommt man zu dem Ergebnis, dass Mäkler ist, wer den Abschluss von erlaubten Geschäften jeglicher Art gegen Lohn vermittelt.

Auf die Beurteilung des Geschäftes selbst, welches den Gegenstand der Mäklertätigkeit gebildet hat, übt die Teilnahme des Mäklers gar keinen Einfluss aus. Die rechtlichen Beziehungen des Mäklers zu seinem Auftraggeber bestehen in erster Reihe in seinem Anspruch auf Lohn gegenüber jenem; das proxeneticum, welches nach Römischem Recht unstreitig erst verdient ist, wenn der zu vermittelnde Geschäftsabschluss zustande kommt, ist u. E. ein Essentiale des Mäklervertrags.

Laband[1]) steht allerdings auf dem Standpunkte, dass in dem Entstehen der Obligation zwischen Mäkler und Parteien kein Essentiale der Geschäftsvermittelung liege, weil diese ebensowohl aus guter Freundschaft umsonst geschehen könne, wie für ein Honorar. Jedoch nimmt er für den Fall der unentgeltlichen Geschäftsvermittelung keine b e s o n d e r e juristische Gestaltung an.

Hiergegen ist folgendes zu erwägen: Ausschliesslich die Geschäftsvermittelung wird vom Recht, den Quellen, berücksichtigt, welche gegen Lohn geschieht; die erste lex des einschlägigen Titels stellt als Grundsatz v o r a n, gewissermassen als wichtigstes Merkmal des Begriffes der Mäklertätigkeit: „proxenetica iure licito petuntur.“ Sobald also ein proxeneticum nicht in Frage steht, kommen weder die Bestimmungen des 14. Titels in Anwendung, noch ist überhaupt in dieser Hinsicht ein vom Recht zu berücksichtigendes Verhältnis gegeben, sodass damit nicht allein eine b e s o n d e r e juristische Gestaltung fehlt, wie Laband meint, sondern jegliche.

---

[1]) Laband, Lehre von den Mäklern S. 2. (Zeitschr. f. D. R. Bd. 20.)

Diese Auffassungsfrage ist nicht ohne praktischen Wert. Nach der Laband'schen Ansicht würden in einem Falle, in dem die Vermittelungstätigkeit nur aus guter Freundschaft und umsonst geschieht, auf irgend welche sich aus diesen tatsächlichen Verhältnissen ergebenden Streitigkeiten alle Bestimmungen des Mäklervertrags zur Anwendung kommen und nur diejenigen ausser Betracht bleiben, welche sich auf das proxeneticum beziehen. Nach unserer Auffassung müssen die Rechtsvorschriften über den Mäklervertrag vollkommen ausser Acht bleiben; in Frage kommen können lediglich die allgemeinen, passenden Rechtsgrundsätze[1]).

Ueber die Höhe[2]) des Mäklerlohnes finden wir in der lex 3 hinreichende Anhaltspunkte; es handelt sich dabei natürlich um dispositives Recht, sodass an erster Stelle das Uebereinkommen der Parteien massgebend ist; fehlt ein solches, muss der Richter sein freies Ermessen walten lassen: sic tamen ut et in his modus esse debeat et quantitatis et negotii, in quo operula ista efuncti sunt et ministerium qualequale accommodaverunt.

Der Richter hat darnach die Grösse und den Umfang des zu ermittelnden Gegenstandes und die vom Mäkler aufgewendete Mühe in Betracht zu ziehen; allerdings ist aus dem Wortlaut der Stelle zu entnehmen, dass der Richter den Lohn nur in mässigen Grenzen festsetzen sollte und auch die Tätigkeit des Mäklers nicht allzu hoch eingeschätzt[3]) hat. Aeusserst wahrscheinlich mit Rücksicht auf den Wortlaut der Stelle erscheint es, dass sich bezüglich des Hermeneutikon feste Grenzen, Taxen, gebildet haben.

Gemeinrechtliche Schriftsteller haben aus dem Worte „modus" der lex 3 D. a. t., welches sie mit Ermässigung übertragen, ein richterliches Ermässigungsrecht herzuleiten

[1]) So die Vorschriften über unerlaubte Handlungen; auch an die Bestimmungen über das Mandat könnte man denken, wenn der Fall darnach liegt.

[2]) Ueber die Höhe des Lohnes der Heiratsmäkler wird unten gelegentlich der Besprechung der Heiratsvermittler die Rede sein.

[3]) Ueber das proxeneticum des Heiratsmäklers sind besondere Bestimmungen getroffen in der lex 6. C. 5. 1. (Hierüber siehe weiter unten).

versucht[1]). So meint Dernburg[2]), dass die lex 3 Dig. h. t. dem rechtsprechenden Magistrat die Befugnis gegeben hat „ohne Rücksicht auf Vereinbarung" dem Mäkler nur soviel zuzusprechen, als er (der Magistrat) den Umständen nach für billig und angemessen erachtet; er nimmt also auch ein richterliches Ermässigungsrecht an. In den Quellen ist aber kein Anhalt dafür gegeben, dass ein vorheriger Vertrag der Parteien über die Höhe des Lohnes abgeändert werden könnte; sie sprechen lediglich von einem Festsetzungsrechte des Richters nach billigem Ermessen und unterstellen den Mangel einer entsprechenden Abrede. Riesenfeld[3]) will sich auf Grund der Quellen über diese Frage nicht entscheiden. scheint jedoch auch der Ansicht zuzuneigen, dass jene Interpretation, welche ein Ermässigungsrecht in den Quellen zu finden glaubt, eine gesuchte und daher nicht zu teilen ist. Materiell hält er ein solches Ermässigungsrecht des Richters für unbegründet, da es einen Eingriff in die Vertragsfreiheit und ein „obervormundschaftliches" Korrekturrecht hinsichtlich des beiderseitig gehegten und erklärten Vertragswillens der Kontrahenten darstellt, welches dem Gläubiger einen Teil seines vertragsmässigen Rechts entzieht. Die materielle Berechtigung, über deren Mangel Riesenfeld[4]) bemerkenswerte Ausführungen macht, soll hier nicht besprochen werden; es mag nur betont werden, dass den Römern offenbar die Grundsätze über den Verstoss contra bonos mores als genügendes Sicherungsmittel gegen wucherliche Provisionsversprechen erscheinen.

Bezüglich der Haftung des Mäklers gegenüber seinem Kontrahenten ist in der l. 2 Dig. h. t. ein Anhaltspunkt gegeben. Der Mäkler haftet hiernach für dolus, welchem die culpa lata gleichzustellen ist. Dies ist wenigstens herrschende Ansicht; die Frage ist jedoch nicht unbestritten. Laband[5]), Riesenfeld[6]) vertreten die

[1]) S. die bei Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37 S. 562 aufgeführten Schriftsteller.

[2]) S. Dernburg a. a. O. S. 481.

[3]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37 S. 562.

[4]) S. Anmerkung 2.

[5]) Laband, Lehre von den Mäklern S. 3. (Zeitschr. f. d. D. R. Bd. 20).

[6]) Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37 S. 60 Anm. 100.

herrschende Meinung. Laband begründet die Haftung des Mäklers für dolus und culpa lata damit, dass das Römische Recht von dem Grundsatze ausgehe, ein Versehen des Mäklers habe sich der Kommittent selbst zuzuschreiben, weil es die Pflicht eines jeden sei, bei der Auswahl des Mäklers sich von dessen Fähigkeiten zu überzeugen. Er beruft sich dafür auf die lex 1 § 1 Dig.: Si Mensor Falsum Modum Dixerit 11. 6., in welcher die gleiche Haftung für den Feldmesser statuiert ist. Für eine Heranziehung des für den mensor Geltenden scheint uns aber jeder Grund zu fehlen[1]). Kuhn[2]) nimmt Haftung des Mäklers auch für culpa levis an; er interpretiert die l. 2. Dig. h. t. dahin, dass der Grad der Diligenz in dem Mäklergeschäft selbst durch diese Stelle garnicht bestimmt werden soll, vielmehr solle hier nur der Unterschied zwischen der Vermittelungsarbeit des Unterhändlers und der Kreditleistung des Mandator hervorgehoben werden. Das Gesetz beabsichtige der Ansicht vorzubeugen, als habe der Mäkler die Haftpflicht eines Kontrahenten übernommen, und als sei der Mäkler dafür verhaftet, dass seine Tätigkeit zu dem erwünschten Erfolge führe. Nach Kuhn besteht vielmehr zwischen dem Mäkler und dem Geschäftsherrn ein gegenseitiges Schuldverhältnis schon deswegen, weil nach seiner Ansicht die l. 2. Dig. h. t. die für die Obligationspflicht geltende Haftpflicht beider Teile für culpa levis nicht aufhebt. Der Ansicht von Kuhn schliesst sich K.-Fachsenfeld[3]) insoweit an, als er die Haftung des gewerbsmässigen proxeneta im „späteren Rom“ auch für culpa levis für begründet erachtet und die lex 2 demgemäss interpretiert. Das Resultat, zu welchem Kuhn kommt, entspricht allerdings den praktischen Bedürfnissen mehr, als die herrschende Ansicht; auch ist nicht zu verkennen, dass es dem Grundsatze des Römischen Rechts, dass die Beschränkung der Haftung auf dolus und culpa lata gewöhnlich nur bei demjenigen eintritt, der lediglich im Interesse des Gläubigers tätig wird, widersprechen würde, wenn der auch im eigenen Interesse tätige Mäkler nur in dieser beschränkten Weise haftete, sowie

[1]) Vergl. auch Fachsenfeld a. a. O. S. 60.

[2]) S. Kuhn a. a. O. S. 248.

[3]) S. K.-Fachsenfeld a. a. O. S. 60.

weiter, dass auch bei dem verwandten Mandat die Haftung sich auf culpa levis erstreckt.

Trotzdem sind wir der Ansicht, dass diese Erwägungen der l. 2. h. t. gegenüber nicht in Betracht kommen können, denn diese will, wenn sie auch einzelne Fälle untersucht, doch einen allgemeinen für diesen Vertrag massgebenden Grundsatz aufstellen und tut dieses zum Schluss mit den Worten: plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur. Leichtere Verschuldungsgrade sollten eine Haftung des Mäklers nicht begründen.

Im übrigen schliesst die lex 2 eine Verhaftung des Mäklers für die wirkliche Erfüllung des von ihm vermittelten Geschäfts ebenso ausdrücklich aus, wie seine Haftung für die Zahlungsfähigkeit des von ihm zugeführten Vertragsgegners. Die Pflichten des Mäklers aus dem Vertrage sind immerhin recht bescheidene.

Die des Näheren in der 1. 6. C. 5. 1.[1]) geregelte Heiratsvermittelung hat im alten Rom, auch bei einem gewerbsmässigen Betriebe, durchaus nicht als unsittliches Geschäft gegolten[2]). Haben doch die lex Julia de maritandis ordinibus vom Jahre 4 und die lex Pappia Poppaea vom Jahre 9 n. Chr. mit den Vorteilen für das Verheiratetsein und den Nachteilen für die Ehelosigkeit die Herbeiführung möglichst vieler Ehen bezweckt, und sind doch die Caelibes besonders ungünstig im Römischen Recht gestellt. Wenn nun die zitierte Konstitution dem Heiratsmäklergewerbe Einschränkungen auferlegt, so muss dies nicht in der Verwerflichkeit der Mäklertätigkeit an sich, sondern in der verwerflichen Art der Ausübung derselben seinen Grund haben.

Als besondere Bestimmungen für den Heiratsmäkler kommen folgende in Betracht: Bei dem Mangel einer ausdrücklichen Abrede über Mäklerlohn kann ein

[1]) Diese Konstitution ist von Cuiacius aus dem verloren gegangenen 50. Buch der Basiliken in den Codex Justinianeus wieder eingeschoben worden. (S. Schindler a. a. O. S. 11.) Sie ist nicht glossiert und nach dem Satze: quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia, gemeinrechtlich nicht giltig.

[2]) Die Vermittelung von nuptiae incestuosae ist naturgemäss verboten.

solcher überhaupt nicht eingeklagt werden. Eine Vereinbarung über den Lohn ist derart beschränkt, dass er nur $5^0/_0$ der dos oder der donatio ante nuptias ausmachen darf, vorausgesetzt jedoch, die dos ist niedriger als 200 Pfund Goldes; ist sie höher, so darf sein Lohn höchstens 10 Pfund betragen. Selbst wenn schon mehr gezahlt ist, kann es mit der condictio indebiti zurückgefordert werden, und zwar richtet sich dann nicht nur diese Klage gegen den Mäkler selbst, sondern auch gegen seine Erben; ebenso geht die Klage aktiv über auf die Erben des Zahlers. Schliesslich ist eine Strafe von 10 Pfund gegen denjenigen festgesetzt, welcher die Vorschriften zu umgehen versucht.

Ebensowenig, wie die Römer den Mäklervertrag in eine der alten Kontraktsklassen rechnen, ebensowenig geben sie eine ordentliche Klage zur Erlangung des Mäklerlohnes. Der Anspruch auf denselben hat vielmehr im Wege der extraordinaria cognitio vor dem Praetor oder Praeses provinciae geltend gemacht werden müssen.

Die Streitfragen, welche das Römische Recht offen gelassen hat, sind auch im Gemeinen Recht ungelöst geblieben und zum Teil heute noch nicht beseitigt. Das Kanonische Recht hat auf die einzelnen civilrechtlichen Fragen des Mäklervertrages direkt nicht eingewirkt; jedoch ist mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die allgemeinen Zins- und Wucherverbote nicht belanglos für den Mäklervertrag gewesen sind. Unter dem Einflusse des Kanonischen Rechts sind die Mäkler als Wucherer und Betrüger angesehen worden; teilweise hat man ihnen die Zulassung zur Beichte und zum Abendmahle, selbst ein kirchliches Begräbnis versagt. Der Postglossator Baldus spricht den herrschenden Gedanken dahin aus: „proxenetae communiter sunt viles homines“[1]. Das Gemeine Recht hat im allgemeinen die Bestimmungen des Römischen Rechts übernommen; während aber das Römische Recht[2] den

[1]) Infolge dieser Anschauung sind die Mäkler auch besonders scharf in den mittelalterlichen Stadtrechten behandelt worden, so in der Brügger carta vom Jahre 1240. (S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37. S. 821).

[2]) Dass die Bestimmungen über den Heiratsmäkler nicht glossiert und mithin auch nicht rezipiert sind, ist oben bereits erwähnt.

das proxeneticum fordernden Mäkler auf den Weg der Klage im Extra-Ordinarverfahren verweist, erkennt das Gemeine Recht die Giltigkeit und Klagbarkeit des Mäklerlohnversprechens gemäss seinem Grundsatze von der Klagbarkeit eines jeden vermögensrechtlichen Vertrages ohne weiteres an. Nach der herrschenden Ansicht wird der Mäklervertrag im Gemeinen Recht als Innominatvertrag angesehen, welcher durch selbständige Grundsätze geregelt werden muss; aber zahlreiche gemeinrechtliche Schriftsteller vertreten auch hier wieder den Standpunkt, dass der Mäklervertrag als Unterart der Werk-, Dienst- und ähnlicher Verträge zu betrachten sei. Damit ist die alte Streitfrage des Römischen Rechts wieder aufgerollt worden, und sie ist, so lange das Gemeine Recht gegolten hat, nicht zur Ruhe gekommen.

Die deutschen Partikularrechte regeln den Mäklervertrag immer nur nach einzelnen Richtungen hin. Für Hessen sind mehrere Verordnungen gegen Ende des 18., Anfang des 19. Jahrhunderts über den Mäklervertrag ergangen; eine allgemeine Regelung des Vertrages ist durch sie nicht gegeben worden[1]).

In Schlesien ist ein Patent Kaiser Leopolds I. am 26. November 1704 „De mercede proxenetica“ in kraft getreten, welches die Provision für die Civilmäkler auf 1% festsetzt[2]). Für Bayern ist der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis bezw. das ergänzte Kurbayrische Landrecht von 1756 in Giltigkeit; es bestimmt, dass der Mäkler als locator operarum oder aber als mandatarius zu behandeln sei. Von den modernen Partikularrechten[3]) kommt bezüglich des Mäklervertrags das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 als das einzige Partikularrecht Deutschlands, welches die Verhältnisse der Civilmäkler

[1]) S. Verordnung vom 15. Oktober 1773. Ausschreiben der Regierung zu Marburg vom 8. Dezember 1787, Verordnung vom 20. August 1800. Diese Verordnungen sind wiedergegeben in den Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel. (S. Strippelmann a. a. O. S. 172 ff. und 178.)

[2]) S. Suarez a. a. O. Bd. 1 S. 101.

[3]) Das Preussische A.L.R. hat keine besonderen Bestimmungen enthalten. Es ist strittig gewesen, ob der Mäklervertrag nach A. L. R. I. 11. §2 569 ff als Vertrag über Handlungen oder nach A. L. R. 1. 13. § 5 ff als Vollmachtsauftrag anzusehen sei.

näher regelt, in Betracht. Der Mäklervertrag ist in diesem Gesetzbuche in Teil 3 Abt. 1 Abschn. 1 §§ 1254-1259 ausführlich behandelt und als selbständige Vertragsart mit besonderen Grundsätzen aufgeführt. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch hat wesentlichen Einfluss auf das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896 ausgeübt. Allerdings lehnen noch die Motive diese Einwirkung strikt ab, da sie, wie oben erwähnt, die Notwendigkeit der Regelung des Mäklervertrags überhaupt verneinen. Das Gesetzbuch hat anders entschieden.

III.

Der Mäklervertrag im B. G. B. und sein Anwendungsgebiet.

Der Mäklervertrag ist ein in sich abgeschlossenes Rechtsgebilde. Wenn auch die Motive II. S. 510 das Bedürfnis einer näheren Regelung des Vertrages verneinen und das deutsche B.G.B. in seinem 2. Buche ihn schliesslich nicht erschöpfend behandelt, ist er doch als eigene Vertragsart rechtlich genügend in sich selbst gefestigt, um durchaus Unterstützungen durch Grundsätze ähnlicher Verträge, wie Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag und Auslobung, ablehnen zu können. Gewisse Aehnlichkeiten dieser Verträge müssen als belanglos für die Beurteilung der selbständigen Species des Mäklervertrages den essentiellen Unterschieden weichen. Systematisch scharf abgegrenzt bringt das B.G.B. Dienst- und Werkvertrag auf der einen, Auslobung und Auftrag auf der anderen Seite in je zwei Titeln und in der Mitte den Mäklervertrag als eigenen Titel.

Im Gegensatz zum Dienstvertrage verlangt der Mäklervertrag zu seiner Erfüllung nicht schlechthin geleistete Dienste, sondern einen bestimmten Erfolg; keine Verpflichtung, wie im Werkvertrage, sondern eine Berechtigung zur Herbeiführung des Erfolges erkennt der Mäklervertrag an. Im Gemeinen und Römischen Recht ist der Unterschied zwischen Werk- und Mäklervertrag noch viel augenfälliger; denn hier ist Gegenstand des Werkvertrages eine materielle Produktion, die durch operae illiberales herbeigeführt wird, während operae liberales das Charakteristikum des Mäklervertrages darstellen[1]). Im modernen Recht

---

[1]) Will K.-Fachsenfeld (a. a. O. S. 123) für das Gemeine Recht einen weiteren Unterschied noch darin finden, dass zur Perfektion des Werkvertrages eine Vereinbarung über den Preis oder wenigstens darüber, auf welche Weise künftig der Preis bestimmt sein solle,

ist der Unterschied zwischen operae liberales und illiberales fast völlig verschwunden; auch durch liberale Tätigkeit kann heute der Erfolg des Werkvertrages herbeigeführt werden; hierin liegt also kein Unterschied mehr. Vom Auftrag unterscheidet ihn die Entgeltlichkeit, von der Auslobung sein Charakter als zweiseitiger Vertragstypus[1]) und das an eine bestimmte Person gerichtete Lohnversprechen für geschäftsmässig behandelte Dienste.

Crome[2]) — ähnlich die Motive — will den Mäklervertrag als eine Abart des Werkvertrages behandelt wissen und unterstellt die Geschäftsbesorgung des Mäklers, soweit nicht die Eigenartigkeit der Tätigkeit eine Abweichung bedingt, den Bestimmungen der §§ 675, 663, 665—670, 672—674 usw. B. G. B.

Diese Anschauung ist aber nicht die des Gesetzes; sie nimmt dem Mäklervertrage vollkommen das Gepräge eines selbständigen Vertrages. Aus demselben Grunde können wir die Ansicht Oertmanns[3]), der in dem Mäklervertrage eine besondere Abzweigung des Werkvertrages sehen und dessen Regeln insoweit heranziehen will, als sie kein materielles Werk voraussetzen, nicht billigen.

Ebenso müssen wir Stellung nehmen gegen die Ansicht von Matthias[4]), dass der Mäklervertrag, als zu bestimmten Bemühungen häufig verpflichtend, ein gegenseitiger Vertrag wird und in dieser Gestaltung seine Beurteilung nach den Grundsätzen des Auftrages, Dienst- oder Werkvertrages oder nach dem durch Auslegung festgesetzten Inhalte erfährt; entweder stellt sich das Rechtsgebilde als Mäklervertrag dar und wird nach dessen Rechtsnormen beurteilt, oder es verliert diesen Charakter zugunsten eines anderen Vertrages, dessen Bestimmungen dann massgebend sind.

---

erforderlich sei, während zum Abschluss des Mäklervertrages eine Einigung über den Mäklerlohn nicht unbedingt nötig sei, so ist diese Ansicht u. E. zu verwerfen; denn die Preisvereinbarung ist nicht nur für den Abschluss des Mäklervertrages, sondern auch für den Werkvertragsabschluss durchaus unerheblich.

[1]) Dieser Standpunkt des zweiseitigen Vertrages soll später vertreten und begründet werden.

[2]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 107/108.

[3]) S. Oertmann a. a. O. S. 378.

[4]) Matthias, a. a. O. S. 533.

Konsequenter Weise können wir auch den von Kuhlenbeck[1]) eingeschlagenen Mittelweg nicht gehen. Er unterscheidet den reinen Mäklervertrag von dem Mäklervertrage in Verbindung mit Dienst- oder Werkvertrag; dementsprechend muss er das Vertragsverhältnis nach der einen Seite hin als Mäklervertrag und zugleich nach der anderen Seite hin als anderen Vertrag behandeln. Zugegeben, dass eine solche Konstruktion juristisch gerade nicht als unmöglich erscheint, wird sie doch oft zu einem Konglomerat verschiedenartiger Rechtssätze führen, deren praktische Verwertbarkeit schon mindestens zweifelhaft erscheint.

Das Anwendungsgebiet der Bestimmungen des B. G. B. über den Mäklervertrag ist ein umfangreiches. Nicht immer bezeichnet sich der Mäkler als solcher — vielleicht mit Rücksicht auf den diesem Namen von alters her noch anhängenden Beigeschmack des verächtlichen Gewerbes. Sehr beliebt sind nach dieser Richtung hin die Bezeichnungen als Agent[2]), Generalagent, Kommissionär[3]), Direktor und ähnliche Benennungen, die besonders häufig von Stellenvermittlern der Theater- und Artistenwelt als Deckmantel gewählt werden. Der Name jedoch, welchen sich der Mäkler fälschlich beilegt, ist belanglos für seine rechtliche Beurteilung. Man wird vielmehr in jedem einzelnen Falle untersuchen müssen, unter welches Rechtsgebilde die Tätigkeit der betreffenden Person zu subsumieren ist, und fast regelmässig wird man finden, dass diese Herren mit den tönenden Titeln nichts weiter als Mäkler sind.

Die Mäkler sind in zwei grosse Abteilungen zu teilen, Civilmäkler[4]) und Handelsmäkler. Natürlicher-

---

[1]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 332.

[2]) Handlungsagent ist, wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines andern Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschliessen. (§ 84 H. G. B.)

[3]) Kommissionär ist, wer es gewerbsmässig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen.

[4]) Der Ausdruck Civilmäkler, welcher u. E. ausserordentlich bezeichnend ist, ist als technischer Ausdruck durchgehend zuerst von Riesenfeld (in Gruchot a. a. O. Bd. 36, 37) gebraucht worden und hat in der Literatur allgemeinen Anklang gefunden. Auch in der vorliegenden Abhandlung soll dieser Ausdruck als allgemeine Bezeichnung für den dem B. G. B. unterstellten Mäkler angewandt werden.

weise haben Handelsmäkler und Civilmäkler beschränkte, von einander geschiedene Wirkungskreise. Drei wesentliche Unterscheidungsmerkmale drängen sich ohne weiteres auf: Gewerbsmässigkeit als Essentiale, Herbeiführung des Vertragsabschlusses, Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs auf der einen Seite, auf der anderen, wie die spätere nähere Ausführung ergeben wird, die begriffliche Belanglosigkeit des Gewerbsmässigen, das Hinreichen des blossen Nachweises der Gelegenheit zum Abschlusse von Verträgen, Geschäfte über Gegenstände des bürgerlichen Verkehrs.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es mit den Civilmäklern zu tun. Für die Handelsmäkler sind besondere Bestimmungen in dem Handelsgesetzbuche in den §§ 93 ff. gegeben. Soweit sich hier Lücken in den gesetzlichen Bestimmungen zeigen, müssen die Vorschriften des B. G. B. zur Ergänzung herangezogen werden. Civilmäkler ist zunächst derjenige Vermittler, welcher im Rahmen des bürgerlichen Verkehrs tätig ist, ohne dass erforderlich ist, dass er ein Gewerbe daraus macht. Civilmäkler ist auch der sogenannte Grundstücks- und Hypothekenmäkler und zwar selbst bei gewerbsmässiger Ausübung seiner Tätigkeit, da das H. G. B. § 93 Abs. 2 die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen seinem Geltungsgebiete entzieht, in der Erwägung, dass unbewegliche Sachen nicht einen regelmässigen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden und bilden sollen[1]). Ebensowenig handelt es sich bezüglich der Frage der Mäklertätigkeit bei der Gründung einer Handelsgesellschaft um einen Gegenstand des Handelsverkehrs[2]). Ein darauf gerichteter Mäklervertrag wird also auch nach B. G. B. zu beurteilen sein. Die Gesindemäkler bilden eine weitere Klasse der Civilmäkler. Nach E. G. B. G. B. Art. 95 ist den Landesgesetzen das Recht vorbehalten,

[1]) Diese Anschauung wird unterstützt durch historische Grundlagen. Schon das Römische Recht sucht die Beweglichkeit des Grundstücksverkehrs im Interesse der Volkswirtschaft zu erschweren; es sei an die Bestimmungen über die Veräusserung des Fundus Italicus erinnert. Ebenso sucht das deutsche Recht den Grundbesitz möglichst zu festigen und hat sogar zu diesem Zweck eine Reihe besonderer Rechts-Institute ausgebildet: Familiengüter, Stammgüter, feierliche und erschwerte Auflassungsformen usw.

[2]) Vergl. Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 288.

für sie besondere Bestimmungen zu schaffen. So weit diese besonderen Vorschriften ergehen, erstrecken sie sich naturgemäss immer nur auf einzelne Punkte und regeln z. B. die Höhe des Mäklerlohnes, setzen vielleicht einen Tarif fest usw. Die grundlegenden Bestimmungen der §§ 652 ff. B.G.B. werden durch die Landesgesetze in ihrem Wesen nicht verändert.

Noch nach einer weiteren Richtung hin hat die Reichsgesetzgebung die Tätigkeit der Mäkler für Immobilienverträge, Darlehen und Heiraten, der Gesindevermieter und sonstiger Stellenvermittler geregelt. Die Gewerbe-Ordnung vom 1. Juli 1883 bestimmt nämlich im § 35, dass die eben genannten Mäkler ihren Gewerbebetrieb bei seinem Beginn der Polizeibehörde anzuzeigen haben; diese hat das Recht den Betrieb zu überwachen und, falls der Mäkler aus irgend welchen Gründen unzuverlässig erscheint, ihm den Gewerbebetrieb zu untersagen. Alles das sind jedoch nur Aufsichtsvorschriften, welche auf die civilrechtliche Beurteilung der sich aus dem Gewerbebetriebe ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten keinen Einfluss ausüben. Der Mäkler kann also, falls er sich gegen eine dieser Vorschriften vergangen hat, zwar wegen des Abschlusses des Mäklergeschäftes mit Strafe belegt werden, aber aus dem trotzdem giltigen Vertrage klagen und verklagt werden[1]). Endlich sind Civilmäkler die sogenannten Heiratsmäkler, welche unten näher behandelt werden.

Erwähnt mag noch werden, dass das moderne Leben auch hinsichtlich der Mäklerverträge manche wunderliche Blüte getrieben hat; häufig liest man in Zeitungen das Angebot von Vermittelung der Beschaffung von Titeln, Orden, Doktor- und Adelsdiplomen, natürlich gegen Entgelt. Diese Verträge verstossen gegen die guten Sitten und sind deshalb

---

[1]) Einen ebenso markanten Fall der civilrechtlichen Giltigkeit eines Vertrages, der strafgesetzlich verboten ist, finden wir im Lotterierecht. Fast sämtliche Bundesstaaten verbieten das Spielen von Losen auswärtiger Lotterien, d. h. Lotterien der anderen deutschen Bundesstaaten. Trotzdem sind diese Lotterieverträge civilrechtlich nach § 762 B.G.B. durchaus giltig.

nach § 138 Abs. 1 B.G.B. nichtig[1]). Nicht unmittelbar betroffen vom B.G.B. werden die Handelsmäkler. Als Unterarten dieser bleiben ebenfalls ausser Betracht die Börsen- und Kursmäkler[2]).

---

[1]) Vergl. Dernburg a. a. O. S. 482, Anm: 5.

[2]) Früher hat es öffentlich angestellte Mäkler und Privatmäkler gegeben; gegenwärtig wahren als Mäkler einen Amtscharakter nur die Kursmäkler, abgesehen davon, dass die Handelsmäkler zu Verkäufen und Käufen öffentlich ermächtigt werden können.

IV.

Der rechtliche Charakter des Mäklervertrages.

Das B.G.B. gibt eine umfassende und erschöpfende Definition für den Mäklervertrag nicht; es bestimmt im § 656 Abs. 1 Satz 1 nur: „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die Vermittelung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande kommt." Aus der Gesetzesbestimmung geht hervor, dass keine besondere Form für den Abschluss des Vertrages zwischen dem Mäkler und Kommittenten erforderlich ist, unbeschadet dessen, dass das zu vermittelnde Geschäft häufig bestimmten Formvorschriften unterliegt[1]).

Eine Begriffsbestimmung des Mäklervertrages dürfte sich auf Grund der Gesetzesvorschriften folgendermassen fassen lassen:

> Der Mäklervertrag, als in sich geschlossenes Rechtsgebilde, ist ein Vertrag zwischen Auftraggeber und einem zweiten (Mäkler), betreffend geeignete, durch den zweiten frei zu wählende tatsächliche Dienstleistungen des zweiten zur Herbeiführung eines rechtlich wirksamen Geschäftsabschlusses und deren (der Dienstleistungen) Gebrauch durch den Auftraggeber[2]), für den darauf sich gründenden Vertragsabschluss gegen Bezahlung.

Das Gesetz charakterisiert den Vertrag weder als einen einseitigen noch einen zweiseitigen, sondern stellt die Entscheidung der richtigen Interpretation

---

[1]) Anders im A.L.R. § 131 I. 5, wo bei Objekten über 50 Taler Schriftlichkeit erforderlich war.

[2]) Auftraggeber ist nicht im technischen, sondern im Wortsinne verstanden.

anheim. Dass diese sich in verschiedenen Bahnen bewegt, ist bei der Dehnbarkeit des Rechtsgebildes verständlich.

Die in Rede stehende Frage nach dem juristischen Charakter des Mäklervertrages ist u. E. von grösster praktischer Bedeutung. Zwar sagt Auerbach[1]), er behandele die Frage nur deswegen ausführlich, weil sie stark theoretischer Natur sei; zu der Annahme einer stark theoretischen Natur der Frage scheint er durch Staudinger[2]) verleitet zu sein, der dieselbe Behauptung gleich darauf jedoch wesentlich einschränkt durch den Hinweis auf die Vorschriften des B.G.B. über gegenseitige Verträge. Aber auch Auerbach[3]) behandelt sogleich im Anschluss an die Frage unter Zugrundelegung derselben die vertragliche Haftung. Damit gerät er in ungelösten Widerspruch zu seiner Behauptung über die lediglich theoretische Bedeutung der Streitfrage. Die Entscheidung obiger Frage ist massgebend für das ganze Gebiet der Haftungsverhältnisse aus dem Mäklervertrage, das durch die Annahme der Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit des Vertrages durchaus verschieden begrenzt wird.

In der Literatur finden sich zwei Hauptansichten, die wiederum zwei Variationen im Gefolge haben. Die verschiedenen Auffassungen gehen dahin:

Ist der Mäklervertrag ein einseitiger Vertrag?

Kann er entsprechend der Parteivereinbarung einseitig oder zweiseitig werden?

Ist der Mäklervertrag ein zweiseitiger Vertrag?

Begründet er als solcher ein Vertragsverhältnis zwischen dem Mäkler und jedem der beiden Kontrahenten?

Endemann[4]) meint, dass der Mäkler eine Verpflichtung zur Ausführung nicht übernimmt. Er folgert aus der prozessualen Unerzwingbarkeit das Fehlen einer Verpflichtung zur Tätigkeit, legt den juristischen Nachdruck auf das bedingte Lohnversprechen der einen Partei und stellt somit den Mäklervertrag als einseitigen Vertrag dar.

---

[1]) Auerbach a. a. O. S. 19.
[2]) Staudinger a. a. O. S. 473, 6.
[3]) Auerbach a. a. O. S. 21.
[4]) Endemann a. a. O. S. 1113.

Die eventuelle Klagbarkeit der Pflicht zur Entfaltung von Mäklerdienstleistungen soll zunächst dahingestellt bleiben, da sie u. E. für die Charakteristik des Rechtsgebildes keineswegs entscheidend ist. Denn auch wenn eine Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit nicht besteht, so leiten sich doch, wie später gezeigt werden soll, aus dem Vertrage heraus andere Verpflichtungen her. Daher dürfen wir Endemann nicht beitreten. Enneccerus-Lehmann[1]) scheint die Auffassung Endemanns zu teilen, gibt aber keine Begründung dafür.

Burchard[2]) vertritt seine Ansicht über die Einseitigkeit dieses Vertrages schon viel energischer. Obgleich er nur von Immobilienmäklern spricht, liegt kein Anlass vor, seine Behauptungen nicht zu verallgemeinern und auf jeden Civilmäkler zu beziehen. „Der Mäklervertrag, wenn man von einem solchen überhaupt reden will, ist ein Vertrag sui generis, eigentlich nur eine einseitige Erklärung des ausdrücklich oder stillschweigend einen Mäklerlohn Versprechenden und zwar mit einer doppelseitigen Potestativbedingung."

Der Mäkler behält demnach den freien Willen, den versprochenen Lohn zu verdienen; doch kann der freie Wille durch zwei Halt gebietende Machtfaktoren gehemmt werden, die Ohnmacht des Mäklers, eine Gelegenheit zum Vertragsabschlusse nachzuweisen oder einen Vertrag zu vermitteln und die Weigerung des Auftraggebers, den durch die Mäklertätigkeit vorbereiteten Vertrag abzuschliessen. Des Mäklers freier Wille zur Tätigkeit, der gegebenen Falls durch eine doppelte Potestativbedingung eingeschränkt werden kann, wird ohne weiteres zugegeben. Dass es sich aber beim Mäklervertrag nur um eine einseitige Verpflichtung des Auftraggebers handele und — abgesehen von der Frage nach der Verpflichtung zur Tätigkeit, nicht auch Verpflichtungen für den Mäkler begründet werden — muss aus denselben Gründen, die gegen Endemann angeführt sind, bestritten werden. Der schroffste Verfechter der Einseitigkeit des Mäkler-

---

1) Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 692.

2) Buchard a. a. O. S. 290.

vertrages ist Reuling[1]. Reuling will analog der Auslobung den Mäklervertrag als einseitig bedingtes Zahlungsversprechen des Auftraggebers an den Vermittler konstruieren, so dass das ganze Vertragsverhältnis sich erschöpfe in der Verpflichtung des Auftraggebers, den versprochenen Lohn bei Eintritt der ihn zur Hingabe eines Entgeltes zwingenden Bedingung zu zahlen. Alles, was der Vermittler tut, geschehe conditionis implendae causa, niemals obligationis causa; auch sei eine Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit ganz überflüssig, „da das eigene Interesse des Vermittlers — der Wunsch, die Provision zu verdienen — ihn stärker, jedenfalls nicht minder stark treibt, im Sinne der Erfüllung jener Zahlungsbedingung tätig zu werden, als ihn die Verpflichtung aus einem synallagmatischen Vertrage zu treiben vermöchte". Weder eine Tätigkeitspflicht, noch überhaupt die geringste Verpflichtung wird dem Mäkler durch die Annahme eines Zahlungsversprechens nach Reuling auferlegt. Dieser Anschauung gegenüber hat bereits Crome[2] u. E. zu recht betont, dass sie dem Leben, wie den berechtigten Interessen der Vertragsparteien widerspricht. Denn nach der Reulingschen Ansicht würde eine Haftung des Mäklers nur aus unerlaubten Handlungen zu konstruieren sein. An sich schon ist eine ausschliesslich hierauf gegründete Haftung bei Vorliegen eines Vertrages unserem Empfinden nach eine Anomalie. Das durch den Vertrag geschaffene Vertrauensverhältnis muss naturgemäss vertraglich geschützt werden[3]. Die Mangelhaftigkeit der Reulingschen Auffassung bezüglich der Haftung des Mäklers wird auch von Auerbach[4] voll erkannt. Er weiss sich nicht anders zu helfen, als dass er die Gestaltung des Mäklervertrages als rein einseitig verpflichtenden Vertrages durchbricht, da nur so den Interessen des Auftraggebers genügend Rechnung getragen wird. Damit müsste

[1] S. Reuling in Gruchot a. a. O. Band 40, S. 215 ff. — Der Umstand, dass die Abhandlung Reulings nur von Grundstücksvermittlern handelt, hindert nicht seine Ansicht über den Charakter des Mäklervertrages auch auf den Civilmäkler im allgemeinen auszudehnen.

[2] Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte a. a. O. S. 416.

[3] Im übrigen verweisen wir auf die später folgenden Darlegungen bei Crome.

[4] Auerbach a. a. O. S. 28.

sich nun Auerbach u. E. der Cromeschen Auffassung ohne weiteres anschliessen; trotzdem hält er es für vereinbar, dass der Vertrag einerseits in der Hauptsache einseitig verpflichtender Natur ist, dass aber andererseits der Mäkler dem Kommittenten ein zweckentsprechendes Verhalten „schuldet"; wenn jedoch jemand einem anderen etwas im Rechtssinne schuldet, liegt eine Verpflichtung für ihn vor; daher ist nach Auerbach der Mäkler verpflichtet, der Mäklervertrag also ein zweiseitiger Vertrag. Somit liegt hier ein Widerspruch in sich vor; denn Auerbach will den Mäklervertrag konsequent als einseitigen, kommt aber aus Zweckmässigkeitsrücksichten nicht darum, ihn in einer Hauptfrage als zweiseitigen Vertrag konstruieren zu müssen.

Eine vermittelnde Stellung nehmen die Motive[1]), Planck[2]), Leske[3]) und Matthias[4]) in der strittigen Frage ein. Die Motive argumentieren: „Insbesondere sind ausser der Bestimmung des § 580 die besonderen Vorschriften des Sächsischen B.G.B. und des Dresdener Entwurfes über den Mäklervertrag teils als entbehrlich, teits auch als bedenklich erachtet. Zu den Vorschriften der letzteren Art gehört namentlich die Bestimmung, dass der Mäklervertrag den Mäkler nur berechtigt, nicht auch verpflichtet, der Mäkler mithin auf Grund des Vertrages zur Aufwendung von Bemühungen im Interesse des Auftraggebers nicht angehalten werden könne .... Unleugbar sind im praktischen Leben die Fälle nicht selten, in welchen der Mäklervertrag die Bedeutung hat, von welcher das Sächsische B.G.B. § 1255 und der Dresdener Entwurf Art. 675 ausgehe. Ebensowenig aber lässt sich leugnen, dass der Mäklervertrag mitunter einen anderen Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages, durch welchen der Mäkler bestimmte Verpflichtungen übernimmt, an sich trägt".

Planck, dem Leske und Matthias folgen, will gleichfalls die Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit des Vertrages von der jedesmaligen Parteivereinbarung bezüglich einer eventuellen Tätigkeitspflicht des Mäklers abhängig machen und schliesst sich in der Hauptsache den

---

[1]) Motive a. a. O. S. 510—511.
[2]) Planck a. a. O. S. 393.
[3]) Leske a. a. O. S. 269.
[4]) Matthias a. a. O. S. 532—533.

Motiven an. Nach dieser Auffassung würde der Vertrag bald als einseitiger, bald als zweiseitiger wie ein schwankes Rohr hin- und herwanken und niemals eine feste theoretische Grundlage finden, die zu schaffen vom B.G.B. der Wissenschaft überlassen ist.

Eine ganz gesonderte Stellung bezüglich der Auffassung des Vertrages nimmt Heine[1]) ein; er charakterisiert den Mäklervertrag von dem Augenblicke seines Abschlusses an bis zu dem Zeitpunkte des Abschlusses des vermittelten Vertrages als einseitig verpflichtenden, von da an als zweiseitig verpflichtenden Vertrag. Dagegen ist zu erwidern: Solange der Vertrag als einseitiger angesehen wird, haften ihm all' die Mängel an, welche eben gerügt worden sind. Weshab aber gerade der Augenblick des Abschlusses des vermittelten Vertrages den einseitigen in einen zweiseitigen Vertrag verwandeln soll, dafür einen Grund zu finden, dürfte u. E. unmöglich sein. Auch ein praktischer Wert ist Heines Ansicht nicht zuzusprechen, denn die Entstehung neuer Pflichten des Mäklers nach dem in Rede stehenden Augenblick ist ausgeschlossen.

Andere Schriftstellen behaupten die Zweiseitigkeit des Mäklervertrages. Cosack[2]) gibt nur die kurze Begründung, dass der Mäkler verpflichtet ist bei der Entwickelung seiner Tätigkeit die Interessen des Auftraggebers mit aller Sorgfalt wahrzunehmen. Ausführlicher wird diese Ansicht begründet von Koch[3]), Staudinger[4]) und Dernburg[5]).

Koch nennt die Bemühungsverpflichtung des Mäklers seine gewerbliche Leistung, der er ebenso, wie der Kommissionär seiner angenommenen Kommission nachkommen muss, wenn auch die Erfüllungsklage gegen den Mäkler meist erfolglos bleiben wird. Doch die Tätigkeitspflicht des Mäklers besteht nach Koch, und ihr werden sich eine Reihe anderer Verbindlichkeiten des Mäklers „wegen kontraktwidrigen Tuns oder Unterlassens“ beigesellen. Selbst wenn man aber eine Verpflichtung zur Tätigkeit annehmen wollte, würde

---

[1]) Heine a. a. O. S. 13, 76.
[2]) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts S. 553.
[3]) Koch a. a. O. S. 230, 231.
[4]) Staudinger a. a. O. S. 473.
[5]) Dernburg a. a. O. S. 485.

doch eine solche regelmässig auf dem Klagewege zu verwirklichen sein.

Dernburg verschliesst sich zwar nicht den Bedenken, dass eine auf die zugesagte Vermittelung gerichtete Klage, die im besten Falle zu einer erzwungenen Tätigkeit führen würde, für den Auftraggeber praktisch wertlos sei, meint aber doch, dass nach dem Grundsatze der Gleichberechtigung beider Parteien, entsprechend dem Klagerechte des Mäklers auf Mäklerlohn, dem Auftraggeber eine Vertragsklage gegen den Mäkler nicht versagt werden dürfe.

Crome[1]) hält regelmässig beide Parteien nach dem Vertrage zur Vornahme der wechselseitig zugesagten Leistungen für verpflichtet. Der Mäkler muss nachweisen oder vermitteln, der Auftraggeber muss den erfolgreichen Nachweis, die gelungene Vermittelung bezahlen. „Irrig wird eine Verpflichtung des Mäklers von einigen bestritten."

Dass nach richtiger Ansicht eine solche Verpflichtung des Mäklers nicht existiert, ändert nichts an der Zweiseitigkeit des Vertrages, die Crome scheinbar bedroht sieht. Wenn er sagt[2]): „Nun heisst es doch geradezu eine Prämie auf die Verletzung von Treu und Glauben, Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit im Verkehr setzen, wenn man in einem Falle, wo der eine Teil genötigt ist, dem anderen sein ganzes Innere aufzudecken, sich gänzlich seiner Treue, Geschicklichkeit und Umsicht zu überlassen, den anderen in dieser Hinsicht nur für Dolus und Delikt haftbar macht —" so kann man dem zustimmen.

Dass jedoch die vertrauensvollen Eröffnungen des Kommittenten den Mäkler zu einer entsprechenden Verwertung der mitgeteilten Angaben, einer Vermittelungstätigkeit, verpflichten, kann, eben weil nicht erzwingbar, als eine Pflicht im Rechtssinne nicht angesehen werden. Aber es bestehen andere vom Recht erzwingbare Vertragspflichten des Mäklers: die Pflicht zur Sorgfalt, zur Treue und zur Diskretion[3]), so dass, wenn man auch dieVerpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit bezw. die Leistungsklage des Kommittenten leugnet,

---

[1]) Crome, System des Bürgerlichen Rechts a. a. O. S. 709.

[2]) S. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte a. a. O. S. 416.

[3]) Vergl. darüber näher Abschnitt VI.

der Mäklervertrag doch stets ein zweiseitiger Vertrag ist: er erzeugt einerseits die bedingte Zahlungspflicht des Kommittenten[1]), andererseits die Pflicht des Mäklers zur Sorgfalt, Treue und Verschwiegenheit. Diese Verpflichtung, die der Mäkler auch dann zu erfüllen hat, wenn er überhaupt nicht tätig wird, beginnt mit dem Augenblicke des Vertragsschlusses zwischen ihm und dem Auftraggeber: ihre Verletzung begründet die vertragliche Haftung des Mäklers.

Obige Verpflichtung des Mäklers wird in dem § 654 mit den Worten „dem Inhalt des Vertrages zuwider" in negativer Form zum Ausdruck gebracht. Unserer Ansicht am nächsten steht die von Staudinger[2]), welcher sagt: „Für die gegenseitige Natur des Vertrages wird die Entscheidung hauptsächlich aus jenen Gesichtspunkten über Treue-Verpflichtung und sonstige Vertragspflichten des Mäklers hervorzuholen sein, welche auch zum Inhalt des § 654 B.G.B. geführt haben. Sie erscheinen von massgebender Bedeutung auch dann, wenn man eine positive Verpflichtung zur wirklichen Ausübung einer Vermittlertätigkeit und damit die eigentliche Leistungsklage sich ausgeschlossen denkt." Wir stimmen mit Staudinger bis auf seine Annahme eines gegenseitigen Vertrages überein. Der Mäklervertrag ist u. E. kein gegenseitiger, sondern ein zweiseitiger Vertrag; — denn er erzeugt keine Leistungsverpflichtung des Mäklers in Korrespektivverbindung mit der Leistungspflicht des Auftraggebers, was ja die kennzeichnende Eigenschaft der gegenseitigen Verträge ist. Er ist also nicht nach den §§ 320 ff. B.G.B., sondern stets nach den für Verträge allgemein geltenden Rechtssätzen zu beurteilen.

Zu weit geht es aber, wenn Laband[3]), Riesenfeld[4]) und K.-Fachsenfeld[5]), unter Berufung darauf, dass das für den Handelsmäkler geltende Prinzip auch hier zugrunde zu legen sei, behaupten, dass stets ein Vertragsverhältnis zwischen dem Mäkler und jedem der beiden Kontrahenten begründet werde.

[1]) Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers sind im Abschnitt VII behandelt.

[2]) Staudinger a. a. O. S. 473.

[3]) S. Laband, Zeitschr. f. D. R. a. a. O. S. 28.

[4]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 272, 273.

[5]) S. K.-Fachsenfeld a. a. O. S. 71,72.

Dagegen spricht schon, dass zwar das B.G.B. zur Ergänzung der entsprechenden Bestimmungen des H.G.B. herangezogen werden kann, nicht aber umgekehrt. So erklärt auch Crome[1]): „Dem Wesen des Civilrechts widerspricht diese gesetzliche Subintelligierung eines doppelten, von beiden gegebenen Auftrages durchaus. Vor einer solchen Kommerzialisierung des Bürgerlichen Rechts ist nur zu warnen". Daraus allein, dass der Mäkler mit dem Gegenkontrahenten Unterhandlungen anknüpft, darf nicht gefolgert werden, dass er zu ihm in ein Vertragsverhältnis tritt. Als Mäkler seines Kommittenten berücksichtigt er grundsätzlich nur das Interesse dieses, der ihn allein zur Tätigkeit veranlasst hat und allein für die Wahrnehmung der Interessen bezahlt.

Natürlicherweise ist es möglich, dass der Mäkler infolge seiner Vermittelungstätigkeit für den Auftraggeber auch zu dem Gegenkontrahenten in ein Vertragsverhältnis tritt; das ist eben nur dann anzunehmen, wenn besondere Umstände — seien es ausdrückliche Erklärungen oder konkludente Handlungen — dies rechtfertigen. Alsdann haftet der Mäkler selbstverständlich nach Massgabe des Vertrages, während er ohne besonderen Vertrag dem Gegenkontrahenten immer nur für einen durch sein (des Mäklers) Verschulden herbeigeführten Schaden nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. B.G.B.) verantwortlich wäre[2]).

---

[1]) S. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte a. a. O. S. 416.

[2]) Die Haftung des Mäklers findet ausführliche Behandlung im Abschnitt VI.

V.

Die Tätigkeit des Mäklers.

Die Tätigkeit des Civilmäklers hat zum Gegenstand ein zwischen den Parteien abzuschliessendes Rechtsgeschäft; handelt es sich beim Nachweis oder der Vermittelung um andere Zwecke, als einen rechtswirksamen Vertrag zu vermitteln, z. B. um blossen Nachweis gegen Entgelt, so kann nie von einer Mäklertätigkeit bezw. einem Mäklervertrage, sondern nur von einem Dienstvertrage die Rede sein.

Welcher Natur das wirksame Rechtsgeschäft selbst ist, ob es dem Geld- und Warenverkehr entspringt und rein vermögensrechtlich geartet ist, oder ob es auf die Begründung durchaus persönlicher Verbindungen[1]) abzielt, ist gleichgiltig und nimmt der Mäklertätigkeit als solcher ihr rechtliches Gepräge nicht. Als selbstverständlich vorausgesetzt wird dabei, dass nicht nur das zu vermittelnde Rechtsgeschäft, sondern auch die Vermittelung etwas rechtlich Erlaubtes darstellt.

Ist das Rechtsgeschäft von vornherein nichtig oder infolge Anfechtung als nichtig zu bezeichnen, dann ist auch die darauf verwendete Tätigkeit des Mäklers verlorene Mühe. Hierfür sei folgendes Beispiel aus dem praktischen Leben gegeben: Es wird ein wucherisches Darlehnsgeschäft abgeschlossen, bei welchem der Mäkler dergestalt tätig gewesen ist, dass er dem Darleiher den Darlehnsempfänger zugeführt hat; in dem blossen Nachweis der Gelegenheit liegt rechtlich nichts Unerlaubtes. Da aber das vermittelte Geschäft nichtig ist, so ist ohne Zweifel auch der Mäklervertrag ohne Rücksicht auf die bona oder mala fides des Mäklers nichtig.

Von wem kann und darf nun die Anregung zu dem zu vermittelnden Vertragsabschlusse ausgehen? Ist

[1]) Darunter ist zu verstehen: Die Mäklertätigkeit zwecks Vereinigung zur Wohltätigkeit, zur Geselligkeit, zu gemeinsamen Reisen, bei Verlobungen, Heiraten usw. (Vergl. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 36, S. 817.)

es tunlich, dass der Mäkler selbst die Initiative ergreift und als solcher für eine Partei tätig wird, ohne von ihr dazu aufgefordert zu sein? Planck[1]) und Staudinger[2]) halten es für ausgeschlossen. Planck bezeichnet es als ein Missverständnis, dem das Gesetz insofern entgegentritt, als es von einer übertragenen Leistung spricht, und Staudinger argumentiert, es wäre dadurch dem Eindringen von Unterhändlern Tür und Tor geöffnet.

Wenn auch das Verkehrsleben heute von Mäklern aller Art überschwemmt ist, liegt es doch nicht in der Absicht des Gesetzes, durch den Begriff „übertragene Leistung" das Tätigkeitsfeld der Mäkler in der Weise einzuengen, dass nichts anderes als die Veranlassung ihres Kommittenten für die Eröffnung ihrer Tätigkeit massgebend wäre. Das Wort „übertragen" ist u. E. in weiterem Sinne zu verstehen. Abgesehen davon, dass eine Uebertragung der Vermittelung und die Uebernahme eines Auftrages durch ausdrückliche Willenserklärung wie durch konkludente Handlung erfolgen kann, will das Gesetz u. M. nach „mit Leistung übertragen" nur den unbedingt erforderlichen animus obligandi des Auftraggebers zum Ausdruck bringen; die Genehmigung der Mäklertätigkeit und ihr Gebrauch durch den Kommittenten reichen vollkommen hin, um einen rechtsgiltigen Mäklervertrag zustande zu bringen. Wir kommen also zu dem Resultat, dass zwischen Einwilligung und Genehmigung bezüglich der Mäklertätigkeit ein rechtlich erheblicher Unterschied nicht zu machen ist. Der Ausdruck des § 653 B.G.B. „Uebertragene" widerspricht dieser Auffassung nicht, denn man kann einem anderen auch etwas übertragen, nachdem dieser die Initiative dazu ergriffen hat. Lässt hingegen die Partei in ganz passiver Weise, ohne die Absicht sich zu verpflichten eine Vermittelungs- oder Nachweistätigkeit zu, so ist von einer den Mäklervertrag begründenden Tätigkeit nicht die Rede.

In gleichem Sinne verhält sich eine Reichsgerichtsentscheidung[3]): „Die nachträgliche Genehmigung der

---

[1]) S. Planck a. a. O. S. 393, 394.

[2]) S. Staudinger a. a. O. S. 475.

[3]) S. Reichsgerichtsentscheidung in der juristischen Wochenschrift 1901, S. 144.

Hilfstätigkeit des Mäklers verpflichtet in gleicher Weise wie ein vorher erteilter Auftrag. Eine solche nachträgliche Genehmigung wird insbesondere dann vorliegen, wenn nicht unverzüglich bei Kenntnis zurückgewiesen und Zahlung abgelehnt wird, sondern der Kommittent den Mäkler weiter gewähren lässt und mit dem Bewusstsein das Geschäft abschliesst, dass der Mäkler die Provision fordern werde."

Die Mäklertätigkeit ist ihrem Inhalte nach zunächst unbestimmt und unbestimmbar. Bei den zahlreichen Rechtsgeschäften, welche einer Mäklertätigkeit unterliegen können, wird die Frage, worin die Tätigkeit besteht, immer quaestio facti bleiben. Wenn der § 652 vom „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder der Vermittelung eines Vertrages" spricht, so sind damit nicht grundsätzlich verschiedene Arten der Tätigkeit gemeint. Natürlicherweise kann das Gesetz nicht allgemein normieren, wie weit die Tätigkeit des Mäklers immer gehen soll. Ob einerseits der Nachweis eines vertragsgeneigten Kontrahenten allein genügt, oder ob der Gegenkontrahent darnach noch von der gleichen Absicht des Kommittenten benachrichtigt werden muss, oder ob andererseits ein Ausgleichungsversuch der sich feindlich gegenüberstehenden Vertragsabsichten und die Herbeiführung einer schliesslichen Kongruenz derselben seitens des Mäklers zu erfolgen hat, dafür lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, der jedesmalige Umfang der Tätigkeit gehört durchaus in das Gebiet tatsächlicher Fragen. Begriffsmässig ist dem Umfang der Tätigkeit des Mäklers durch den Zeitpunkt eine Grenze gesetzt, wo es ihm gelungen ist, den Konsens beider Parteien zu erzielen. Die Frage, wie sich eine weitergehende Tätigkeit des Mäklers darstellt, ist von Riesenfeld[1]), dem sich Auerbach[2]) anschliesst, dahin beantwortet worden, dass jeder Schritt über jene Grenze hinaus die rechtliche Stellung des Mäklers verändert; er gibt aber darüber keinen Aufschluss, ob der die Grenze überschreitende Mäkler seiner rechtlichen Stellung dadurch mit rückwirkender Kraft verlustig geht, dass er nach Beendigung seiner eigentlichen Tätigkeit als Be-

[1]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 270.

[2]) S. Auerbach a. a. O. S. 15.

vollmächtigter des Kommittenten den Vertrag selbst abschliesst, oder auf die Erfüllung eines Geschäftes abzielende Handlungen vornimmt.

Wir sind der Ansicht, dass der jene Grenze überschreitende Mäkler nicht mehr nach den §§ 652—656 B.G.B. zu beurteilen ist, dass aber die Beantwortung der Frage, welcher rechtliche Charakter seiner jetzigen Tätigkeit zukommt, ob er als Kommissionär, oder als Handlungsbevollmächtigter oder Mandatar handelt, belanglos ist für die rechtliche Beurteilung seiner vorangegangenen Mäklertätigkeit. Eine andere Beurteilung, nämlich als eines Dienst- oder Werkleistenden, muss dem Vermittler nur dann zuteil werden, wenn von vornherein vertraglich eine über die oben festgestellte Grenze hinausgehende Arbeitsleistung bedungen gewesen ist.

Das praktische Leben dürfte unsere Auffassung bestätigen: A. beauftragt den Mäkler B. mit dem Verkauf eines Grundstückes und verspricht ihm einen Lohn von 2000 Mark dafür. B. findet einen Käufer C. Nachdem er die Willensübereinstimmung der Parteien A. und C. erzielt hat, und der notarielle Vertrag zustande gekommen ist, erhält B. von A. den Auftrag, statt seiner die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchrichter abzugeben. Als Bevollmächtigter ist B. selbstverständlich kein Mäkler mehr. Aber bis zum Vertragsabschluss ist er es gewesen, und in dieser Eigenschaft muss er seinen Lohn von 2000 Mark erhalten, ohne dass seine jetzige Stellung als Bevollmächtigter auf die rechtliche Beurteilung seiner früheren Stellung irgend welche rückwirkende Kraft übt.

Ob die Tätigkeit, welche der Mäkler ausübt, eine positive Leistung sein muss, oder ob sie auch in einem Unterlassen bestehen kann, ist Gegenstand des Streites. Man muss zwei Fälle unterscheiden: besteht das Unterlassen darin, dass der Mäkler bei der ihm obliegenden Vermittelung Schweigen beobachtet und den Dingen ihren freien Lauf lässt, so ist, wie allgemein anerkannt wird, von einer einen Lohnanspruch begründenden Mäklertätigkeit nicht die Rede[1]); anders ist die Sachlage in der bei Bolze[2]) wiedergegebenen Entscheidung

---

[1]) Diesen Fall allein behandelt Planck a. a. O. S. 395.
[2]) Bolze a. a. O. 6. Nr. 493.

des Reichsgerichts, welche einem Hausverwalter — sogen. Vizewirt — eine versprochene Provision dafür zubilligt, dass er dem Verkaufe des Grundstückes nicht hinderlich gewesen ist und somit hier in einem Unterlassen eine Handlung findet.

Die Ansicht des Reichsgerichts, für welche auch Neubauer[1]) eintritt, wird bestritten von Riesenfeld[2]) und Jakusiel[3]), nach denen die Tätigkeit des Mäklers niemals in einem ausdrücklich vereinbarten Unterlassen bestehen kann. Auch wir teilen diese Ansicht, wenn auch nicht aus dem von jenen angeführten Grunde, sondern weil der Wortlaut des § 652 B.G.B. ohne Zweifel ein positives Handeln erfordert. Die sogen. belohnte Tätigkeit des Unterlassens kann niemals eine Mäklerdienstleistung sein; denn diese setzt begrifflich voraus, dass sie auf die Herbeiführung des Konsenses der Parteien gerichtet ist, und das liegt bei einem Unterlassen nicht vor[4]).

Die Art, wie der Mäkler die positive Nachweis- oder Vermittelungstätigkeit entfaltet, muss lediglich seiner Orts-, Sach- und Personenkenntnis, seiner Geschicklichkeit und seiner Einsicht überlassen bleiben.

Wenn Jakusiel[5]) sagt, der Mäkler hätte bei Entfaltung seiner Tätigkeit die Anweisungen des Kommittenten zu befolgen, so übersieht er, dass ein Auftrag, in welchem dem Vermittler eine bestimmte Anweisung für seine Tätigkeit gegeben wird, nicht ein Mäklervertrag ist, sondern entweder ein Dienst- oder Werkvertrag, je nachdem der Lohn nur für die Dienste oder auch für ihr Ergebnis zugesagt wird[6]). Natürlich würden Hinweise und Direktiven des Auftraggebers, die der Mäkler freiwillig befolgt, den Charakter der Mäklertätigkeit nicht verändern.

Die Tätigkeit des Mäklers ist rein tatsächlicher, nicht juristischer Natur. Der Mäkler ist bei derselben nicht Stellvertreter einer Partei; er vertritt, wie Riesenfeld[7]) sich ausdrückt, die Partei weder im Willen noch in

---

[1]) Neubauer a. a. O. S. 9.

[2]) Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 268.

[3]) Jakusiel a. a. O. S. 10.

[4]) Ungefähr derselben Ansicht: Planck a. a. O. S. 395.

[5]) Jakusiel a. a. O. S. 14.

[6]) Unserer Ansicht: Rocholl-Niedner a. a. O. S. 234.

[7]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 29.

der Erklärung, der Person, dem Interesse, er überbringt ausschliesslich die Geneigtheit zur Erklärung eines bestimmten Vertragwillens von einem zum anderen.

Andererseits ist er nicht blosser Bote, weil der Bote „einem anderen Willen als begrifflich willenloses Werkzeug dient“[1]), während der Wille des Auftraggebers durch des Mäklers freie Tätigkeit entsprechend der Individualität des Mäklers in eigener Weise zur Geltung gebracht wird. Er steht gewissermassen zwischen Stellvertreter und Boten.

Eine, von der Frage, ob der Mäkler als Stellvertreter handelt, unabhängige Frage ist die, ob er berechtigt ist in seinem Betriebe Gehilfen zu beschäftigen, die ihn gegenüber den Parteien vertreten. Das Gesetz enthält kein Verbot dagegen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist die Hinzuziehung eines Gehilfen zulässig. Es ist auch kein Grund erkenntlich, warum die erfolgreichen Bemühungen eines Dritten nicht ebensogut sein sollten, wie die des Mäklers selbst. Natürlich ist, wie im folgenden Paragraphen zu erörtern sein wird, der Mäkler nach § 278 verantwortlich.

Dasselbe gilt auch für die Tätigkeit derjenigen Mäkler, die sich mit anderen Mäklern zu einem bestimmten einzelnen Mäklergeschäft verbinden[2]) oder zum dauernden gemeinschaftlichen Betrieb ihrer Geschäfte vereinigen.

---

[1]) S. Laband, Zeitschr. f. Handelsrecht a. a. O. S. 192.

[2]) Dies ist sehr häufig bei Grundstücksverkäufen in Berlin der Fall.

VI.

Rechte und Pflichten des Mäklers.

Das wichtigste Recht des Mäklers ist der Anspruch auf den Mäklerlohn. Die rechtliche Anerkennung dieses Anspruches hat dem Mäkler eine eigenartige Rechtsstellung eingeräumt und den Mäklervertrag im Rechtssystem von allen anderen ähnlichen Verträgen losgeschält, sodass er als in sich geschlossenes Gebilde mit eigenen Rechtsgrundsätzen zu behandeln ist. Ohne Mäklerlohn ist kein Mäklervertrag denkbar. Voraussetzung für den Mäklerlohn ist zunächst das Zustandekommen des Vertrages zwischen zwei fremden Parteien; von einem Selbsteintrittsrechte des Mäklers kann dabei keine Rede sein.

Ob der Mäkler zum Eintritt dieser Voraussetzung mitwirken will, ist natürlich seinem freien Willen überlassen. Er kann den ihm erteilten Auftrag annehmen, er kann ihn auch einfach ignorieren, ohne dass in seinem Schweigen eine Zustimmung gefunden werden kann[1]).

Anders freilich ist die Lage des Mäklers zu beurteilen, wenn er Kaufmann ist, und das kann er zwar nicht nach § 1 Abs. 7, wohl aber nach § 2 H.G.B. sein, sobald sein Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäfsbetrieb erfordert und seine Firma in dem Handelsregister eingetragen ist[2]).

---

[1]) Der Handelsmäkler ist zur Annahme eines ihm erteilten Auftrages verpflichtet, wenn nicht triftige Gründe, die Unausführbarkeit oder die Gesetzwidrigkeit usw. des fraglichen Geschäfts, entgegenstehen. Die Annahmepflicht rechtfertigt sich zumeist durch das allgemeine Prinzip, dass Personen, die zu dem Zwecke koncessioniert sind, um ihre Dienste dem ganzen Publikum anzubieten, bei willkürlicher Verweigerung bezüglicher Geschäftsannahmen civil- wie öffentlich-rechtlich haftbar werden. (Vergl. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37 S. 259.)

[2]) Die gemeinrechtliche Literatur hat dem Mäkler auf jeden Fall die Kaufmannseigenschaft versagt.

In diesem Falle finden auch die von dem bürgerlichen Verkehr abweichenden Vorschriften des § 362 H.G.B. auf ihn Anwendung, sodass er dann verpflichtet ist, die Offerte jemandes, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, oder dem gegenüber er sich zur Besorgung von Mäklergeschäften erboten hat, unverzüglich zu beantworten und sein Schweigen als Annahme des Antrages gilt.

Welches sind nun im Näheren die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruches auf den Mäklerlohn? In erster Linie kommt, da die §§ 652—656 B.G.B. zum grossen Teil dispositiver Natur sind[1]), die Abrede der Parteien in Betracht, hinsichtlich der Frage, ob der Anspruch durch einen blossen Nachweis, oder durch eine weitergehende Vermittlertätigkeit begründet wird. Unter allen Umständen aber ist Voraussetzung der auf der Tätigkeit des Mäklers fussende Abschluss des nachzuweisenden oder zu vermittelnden Geschäftes. Geht der Vertrag dahin, dass die Dienste bezahlt werden sollen ohne Rücksicht auf ihren rechtlichen Erfolg — „Honorar auf alle Fälle" — so fällt das nicht in den Rahmen der §§ 652—656.

Ohne entsprechende Parteienabrede ist in zweiter Reihe die Verkehrsübung für die Auslegung des Vertrages von Bedeutung. Beim Fehlen von Parteienabrede und Verkehrsübung ist der Mäklerlohn verdient, wenn zustande gekommen ist:

1. Das nachzuweisende oder zu vermittelnde Geschäft,
2. Durch rechtswirksamen Vertrag,
3. Infolge der Tätigkeit des Mäklers.

Dabei bestehen aber manche Zweifel. Es handelt sich zuvörderst um das nachzuweisende oder zu vermittelnde Geschäft. Natürlicherweise wird es meist in den Vertragsabsichten des Auftraggebers liegen, dass genau das bestimmte Geschäft abschlussreif vorbereitet wird. Bei Abweichungen wird der Tatbestand immer dahin zu prüfen sein, ob das abgeschlossene Geschäft sich zum mindesten in der Hauptsache mit dem beabsichtigten deckt. Geringe nebensächliche Abweichungen können den Lohnanspruch des Mäklers nicht

[1]) Jus cogens sind nur die Sondervorschriften über die Vermittelung von Eheschlüssen und Dienstverträgen.

beseitigen. Er wird beispielsweise wohl nicht ausgeschlossen sein[1]), wenn das Geschäft zwar mit anderen abgeschlossen, aber nicht ein anderes als das beim Abschlusse des Vertrages zwischen Auftraggeber und Mäkler in Aussicht genommene ist, noch wird er davon abhängig sein[2]), dass das Geschäft genau nach den ursprünglichen Modalitäten zustande kommt, wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht ist.

Differenzen des zu erreichenden und erreichten Vertrages aber, die dem rechtlichen Interesse des Auftraggebers erheblich entgegenstehen, lassen das Recht des Mäklers auf Lohn nicht zur Existenz gelangen. So z. B. dann, wenn der Mäkler, statt den Verkauf eines Gutes zu vermitteln, die Gelegenheit zum Abschluss eines Tauschgeschäftes nachweist oder ein solches anstatt des beabsichtigten Verkaufes vermittelt[3]), oder anstatt die Umwandlung einer Gesellschaft in ein Aktienunternehmen durch seine Tätigkeit zu vermitteln, nur dahin wirkt, dass die Fusion der fraglichen Gesellschaft mit einem anderen gleichartigen Geschäfte zustande kommt[4]).

In dem Falle des Darlehnsverschaffungsvertrages wird man grundsätzlich davon ausgehen, dass nicht das Zustandekommen des Darlehnsversprechens, das blosse pactum de mutuo dando, sondern nur die wirkliche durch die Bemühungen des Vermittlers erfolgte Hingabe des Darlehns seinen Lohnanspruch begründet.

Dernburg[5]), Planck[6]), Leske[7]) und Riesenfeld[8]) stellen diesen Grundsatz uneingeschränkt auf. Jedoch wird man der neueren Ansicht des — früher auf dem gleichen Standpunkt stehenden — Reichgerichts[9]) zustimmen

---

[1]) Vergl. Reichsgerichts-Entscheidungen, wiedergegeben bei Bolze a. a. O. 8 Nr. 431.
[2]) S. Reichsgerichts-Entsch. bei Bolze a. a. O. 9, Nr. 324.
[3]) S. Seufferts Archiv Bd. 43, Nr. 108, S. 162, 163.
[4]) S. Reichsgerichts-Entsch. bei Bolze a. a. O. 7, Nr. 501.
[5]) S. Dernburg a. a. O. S. 487.
[6]) S. Planck a. a. O. S. 396.
[7]) S. Leske a. a. O. S. 269.
[8]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 545.
[9]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 39, S. 231.

müssen, dass sich im konkreten Fall nach der Parteiabsicht ein anderes Resultat ergeben kann[1]).

Diese Ansicht erscheint uns als die richtige.

Der Ansicht von Düringer und Hachenburg[2]) und Staub[3]), die dem Mäkler den Lohn prinzipiell nach Abschluss des pactum de mutuo dando gewähren wollen, steht schon die Bestimmung des B.G.B. bezüglich des Darlehnvertrages entgegen, nach welchen als Darlehn e m p f a n g e n e Gelder oder andere vertretbare Sachen in gleicher Art, Menge und Güte zurückzuerstatten sind[4]), und daher für die Regel die Absicht der Parteien sich nicht damit begnügt, nur das Darlehnsversprechen zu erhalten.

In vielen Fällen wird dem Mäkler die Aufgabe zuteil werden, gleichzeitig mehrere Geschäfte nachzuweisen oder zu vermitteln. Bei der Entscheidung der Frage, ob es nun für sein Recht auf Belohnung genügt, dass er eines dieser Geschäfte zum Abschluss bringt, oder ob zu diesem Zwecke alle aufgetragenen Vertragsabschlüsse erledigt sein müssen, muss das Hauptgewicht ebenso wie oben auf die „Wesenheit" des beabsichtigten rechtlichen Erfolges gelegt werden. Stellt sich nur die Erfüllung der Gesamtheit der Aufträge dem Zwecke des Auftraggebers entsprechend dar, und macht der Ausfall eines oder mehrerer unerledigter Aufträge, was nicht ungewöhnlich ist, die Rechtsabsichten des Kommittenten im wesentlichen zu Schanden, so fehlt der Regel nach die Voraussetzung für den Lohnanspruch. Nur dann kann man zu einer anderen Entscheidung kommen, wenn der durch die Tätigkeit des Mäklers teilweise erreichte Erfolg von dem Auftrag-

---

1) Auch die Verkehrsübung kann es bei gewissen Geschäften bewirken, dass die Provision mit Abschluss des obligatorischen pactum de mutuo dando zu zahlen ist. Entsprechend hat das Kammergericht angenommen, dass bei den sogen. Baugeld-Darlehen, bei welchen das Darlehn in Raten je nach Fortschreiten des Baues zu zahlen ist, der Mäklerlohn schon mit Abschluss des obligatorischen Vertrages verdient sei. (Vergl. auch Jakusiel a. a. O. S. 39.)

2) Vergl. Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 304.

3) S. Staub a. a. O. S. 329.

4) Vergl. die Goldschmidts Zeitschr. Bd. 22, S. 262; Erkenntnis des Dresdener O.A.G., wo die Natur des Darlehnsvertrages als Realvertrag gekennzeichnet ist. Neubauer a. a. O. S. 14 hält diesen Umstand für belanglos bei der fraglichen Beurteilung.

geber irgendwie gebraucht und seinen rechtlichen Interessen nutzbar gemacht worden ist. Natürlich wird auch dann nicht der volle für die Besorgung aller Aufträge zugesagte Lohn beansprucht werden können, sondern nur ein Teil desselben. Beziehen sich jedoch die mehreren in Rede stehenden Aufträge auf Geschäfte, die rechtlich in keinem inneren Zusammenhange für den Kommittenten stehen, so kann kein Zweifel darüber obwalten, dass jeder durch die Mühewaltung des Vermittlers erreichte Vertragsabschluss für sich entsprechend honoriert werden muss.

Im Fall des Alternativauftrages reicht die Erreichung der einen Alternative zur Begründung des Lohnanspruches hin. Der Mäkler also, der in erster Linie damit betraut wird, ein Haus zu verkaufen, in zweiter Linie einen Mieter für dasselbe zu suchen, hat den Lohnanspruch erworben, wenn er einen von den beiden Aufträgen entsprechend ausgeführt hat[1]).

Das nachzuweisende oder zu vermittelnde Geschäft muss formell und materiell giltig zustande gekommen sein. Erst mit diesem Zeitpunkte ist das Mäklerrecht auf Belohnung begründet. Das Geschäft muss also durch die Tätigkeit des Mäklers abschlussreif vorbereitet und durch die Parteien derart abgeschlossen sein, dass die Erfüllung des vermittelten Geschäftes auf dem Klagewege erzwingbar ist. Nur dies ist erforderlich. Dass die eine oder die andere Partei oder beide Parteien das Geschäft nicht entsprechend den Vertragsbestimmungen erfüllen, kann den Lohnanspruch nicht beeinflussen; denn der Mäkler hat nur den rechtlichen, nicht den wirtschaftlichen Erfolg im Interesse der Partei bezw. der Parteien herbeizuführen. Die irrige Auffassung der Parteien, dass ein anfechtbarer oder nichtiger Vertrag giltig, oder dass ein giltiger Vertrag ungiltig sei, berührt den rechtsunwirksamen bezw. rechtswirksamen Vertrag und daher das Mäklerlohnrecht zunächst in keiner Weise.

Handelt es sich um einen Grundstücksverkauf, so bedarf es zur Uebertragung des Eigentumes an dem Grundstücke des dinglichen Vertrages und der Eintragung in das Grundbuch. Der Mäkler hat folgeweise

---

[1]) S. Planck a. a. O. S. 396.

bei der Vermittelung des Grundstückskaufs oder -Verkaufs erst dann einen Lohnanspruch, wenn beide Erfordernisse erfüllt sind.

Jakusiel[1]) meint nun, dass der Hypothekenmäkler im Gegensatze zum Grundstücksmäkler — dem Mäkler, der die Geschäfte über das Eigentum des Grundstücks vermittelt — seine Provision schon dann verdient habe, wenn der mündliche Beleihungsvertrag abgeschlossen ist, da aus diesem Vertrage auf Gewährung des Hypothekendarlehns bezw. Bestellung der Hypothek geklagt werden könne. Diese Anschauung ist u. E. nicht richtig; denn nach § 873 Abs. 1 B.G.B. bedarf es zur Belastung des Grundstückes mit einem Rechte, also auch mit einer Hypothek, derselben Rechtsakte, wie zur Uebertragung des Eigentums: Einigung und Eintragung. Jakusiel scheint zu seiner Ansicht durch die Erwägung gekommen zu sein, dass sich in einzelnen Gegenden, besonders in Grossstädten, die Verkehrsübung herausgebildet hat, dem Mäkler schon bei Abschluss des obligatorischen Darlehnsvertrages seinen Lohn zuzubilligen.

Besonders interessant gestaltet sich die Frage der Rechtswirksamkeit des vermittelten Vertrages, wenn es sich um eine Grundstücksmiete handelt. Nach § 566 B.G.B. bedarf der Mietsvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen ist, der schriftlichen Form. Ohne diese Form hat der Vertragsabschluss für unbestimmte Zeit Geltung, in der Weise, dass die Kündigung für eine frühere Zeit, als für den Schluss des ersten Jahres nicht zulässig ist. Unter diesen Umständen wird der einen langjährigen, mündlichen Grundstücksmietsvertrag vermittelnde Mäkler denjenigen Lohn nur zu fordern berechtigt sein, der sich auf den rechtswirksamen, ein Jahr dauernden Mietsvertrag gründet.

Mit der formellen Giltigkeit des Vertrages muss die materielle Hand in Hand gehen. Freilich kann der Vertrag durch besondere Parteivereinbarung in der Weise erweitert werden, dass der Mäkler einen Anspruch nur dann haben soll, wenn das Geschäft nicht nur gültig zustande gekommen, sondern auch erfüllt ist. Im Falle einer solchen Abrede wird n. u. M.

---

[1]) Jakusiel a. a. O. S. 30.

der Mäkler selbst dann keinen Anspruch haben, wenn die Erfüllung von seiten des Gegenkontrahenten deshalb unterbleibt, weil der Kommittent seinerseits nicht leistet. Staub[1]), der unsere Auffassung teilt, leitet aus der nicht vorhandenen Verpflichtung des Kommittenten zum Geschäftsabschluss sein Recht her, das Geschäft nicht aus dem Grunde gehörig erfüllen zu müssen, um den Lohnanspruch des Mäklers existent zu machen.

Jakusiel[2]) und mit ihm Auerbach[3]) bekämpfen die Begründung Staubs, indem sie den Provisionsanspruch regelmässig nur zu dem Zwecke von der Erfüllung abhängig gemacht wissen wollen, damit der Kommittent nicht auch bei Insolvenz des Gegners oder sonstiger nicht gehöriger Erfüllung desselben die Provision zu zahlen habe. Abgesehen davon, dass sie ihm schliesslich in dieser durch Parteiabrede geschaffenen Rechtslage dieselbe Stellung einräumen, wie sie der Handlungsagent durch das Gesetz inne hat, darf ihre Interpretation der fraglichen Parteienabrede keinesfalls unterstellt werden; denn die Vereinbarung der Parteien setzt lediglich fest, dass die Provision erst nach Erfüllung des rechtswirksam abgeschlossenen Geschäfts bezahlt werden soll.

Nur dann ändert sich u. E. die Rechtslage zugunsten des Mäklers, sobald der Kommittent mala fide die Erfüllung des Geschäftes verweigert. Und in diesem Sinne ist die Staubsche Begründung für unsere Zwecke zu ergänzen.

Allein das gesetzliche Erfordernis, die Herbeiführung des rechtlichen Erfolges, bleibt für die Existenz des Mäklerlohnanspruches beim Mangel einer besonderen, die Erfüllung des Geschäftes betreffenden Parteienabrede massgebend.

Enthält der von dem Mäkler zwischen den beiden Parteien vermittelte Vertrag eine Suspensivbedingung, so kann nach § 652 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt; es ergibt sich hieraus, dass im Satz 1 unter „Vertrag" ein rechtswirksamer, d. h. seine Wirkungen sofort äussernder Vertrag verstanden

[1]) S. Staub a. a. O. S. 329.
[2]) S. Jakusiel a. a. O. S. 39, 40.
[3]) S. Auerbach a. a. O. S. 56.

ist. Bei schuldhafter Vereitelung oder Beeinträchtigung des von der Bedingung abhängigen Rechtes während der Schwebezeit seitens des Kommittenten, kann der Mäkler im Falle des Eintritts der Bedingung ausser seinem Lohn- möglicherweise einen Schadensersatzanspruch nach § 160 B.G.B. mit Erfolg geltend machen; den Lohn ist er zu fordern befugt, weil das Geschäft nach Eintritt der Suspensivbedingung vollwirksam durch ihn zustande gekommen ist; schadensersatzberechtigt könnte er ausserdem etwa aus dem Grunde sein, weil er besondere Mühe, Zeit und Kosten zur Beseitigung jener Vereitelung oder Beeinträchtigung durch den Kommittenten aufwenden muss. Tritt aber die Bedingung nicht ein, so fällt das Recht des Mäklers auf Belohnung aus, da eine erfolgreiche Vereitelung des Bedingungseintrittes durch den Auftraggeber schliesslich nichts anderes als die verweigerte[1]) Zustimmung zum Geschäftsabschlusse darstellt.

Die Verhinderung des Eintritts der Bedingung jedoch wider Treu und Glauben durch die Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, lässt die Bedingung nach § 162 B.G.B. als eingetreten gelten. Mit dem Augenblick, wo die Bedingung eingetreten ist, hat der Mäkler seinen Lohn verdient; sobald der Mäkler den Nachweis auf Grund des § 162 B.G.B. erbracht hat, ist es u. E. ganz gleichgiltig für die Existenz seines Lohnanspruches, ob die Gegenpartei von ihrem Rechte, auf § 162 B.G.B. gestützt, Gebrauch macht oder nicht[2]).

Wie aber gestaltet sich das Schicksal des Lohnanspruches bei einer dem vermittelten Geschäft beigefügten Resolutivbedingung? Hier tritt die Rechtswirkung desselben sofort ein, während mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 B.G.B. die Wirkung des Geschäftes endet und der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Daraus, dass das Gesetz nicht von der Resolutivbedingung spricht, kann nicht gefolgert werden, dass das Geschäft, wie bei der Suspensivbedingung mit dem Eintritt, so bei der Resolutivbedingung erst mit dem Ausfall der Bedingung seine rechtliche Wirkung

---

[1]) Anderer Ansicht Staub a. a. O. S. 329. Unserer Ansicht. Oertmann a. a. O. S. 380. Auerbach a. a. O. S. 51. Jakusiel a. a. O. 32:

[2]) Anderer Ansicht Jakusiel a. a. O. S. 32.

ausübt und der Lohnanspruch des Mäklers dadurch erst existent wird; es würde das dem § 158 mit einer Gegenüberstellung von aufschiebender und auflösender Bedingung widersprechen Nach diesem Paragraphen muss der Auftraggeber dem Mäkler sofort seinen Lohn nach dem Vertragsabschlusse auszahlen, ohne Rücksicht darauf, dass sich das vermittelte Geschäft nachher wieder auflösen kann. Dass dies freilich für den Kommittenten nicht minder drückend ist, wie die entgegengesetzte Auffassung für den Mäkler, ist nicht zu verkennen: nach der herrschenden Meinung muss er sich damit trösten, dass ihn bei Eintritt der Bedingung eine conditio sine causa zusteht.

Schon die Motive[1]) haben diesen Standpunkt mit Bezugnahme auf § 129 des ersten Entwurfes vertreten, wenn sie auch nur als möglich andeuteten, dass für den Kommittenten eine condictio indebiti nach § 745 des ersten Entwurfes gegeben sei.

Planck[2]) argumentiert: Bei der nahen Verwandtschaft der Fälle, in welchem eine aufschiebende Bedingung wegfällt oder eine auflösende eintritt, und da es oft nur zufällige Umstände sind, welche die Wahl der einen oder der anderen Rechtsform durch die Parteien veranlassen, dürften überwiegende Gründe dafür sprechen, wenigstens in Zweifel den Anspruch auf Mäklerlohn mit Eintritt der auflösenden Bedingung wegfallen zu lassen.

Leske[3]) und im Anschluss an ihn Auerbach[4]) sind ungefähr der gleichen Meinung. Nach Enneccerus[5]) Ansicht besteht kein Lohnanspruch bezw. eine Rückgabepflicht des Mäklers nur dann, wenn der abgeschlossene Vertrag vor dem Beginn der Erfüllung durch den Eintritt der condictio resolutiva wieder ungiltig wird.

Diese Ansicht muss abgelehnt werden. Wenn Enneccerus sie damit begründet, dass der Vertrag in diesem Falle nach wirtschaftlicher Betrachtung einem nicht zustandegekommenen gleich zu achten ist, so muss dem entgegengehalten werden, dass der rein äusserliche Faktor, der hier in den tatsächlichen Vor-

---

[1]) Motive a. a. O. S. 513.
[2]) S. Planck a. a. O. S. 303.
[3]) S. Leske a. a. O. S. 270.
[4]) S. Auerbach a. a. O. S. 53, 54.
[5]) S. Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 693.

gängen begründet ist, auf die Rechtslage keinen Einfluss ausüben kann, auch nicht auf den Lohnanspruch des Mäklers; es ist gleichgiltig, ob vom Standpunkte der wirtschaftlichen Betrachtung aus der Vertragsschluss als bestehend angesehen wird oder nicht, da allein die Herbeiführung des rechtlichen, nicht des ökonomischen Erfolges in Frage kommt.

Oertmann[1]), der die Resolutivbedingung als einen dem Hauptvertrage in continenti beigefügten bedingten Aufhebungsvertrag ansieht, verneint die Rückgabepflicht. Damit behandelt Oertmann den Fall der Beifügung einer Resolutivbedingung gleich dem Falle eines vertraglichen Rücktrittsrechts, der unten zu entwickeln ist. Diese Identifizierung ist aber unzulässig, weil die Resolutionsbedingung dingliche, das Rücktrittsrecht nur obligatorische Wirkung hat[2]).

Dernburg[3]), Staudinger[4]) und Cosack[5]) erkennen eine condictio indebiti nicht an, aber ohne Begründung.

Unseres Erachtens ist grundlegend für die Entscheidung der Frage die Auffassung „des Abschlusses des Rechtsgeschäftes". Diejenigen Schriftsteller, welche der condictio resolutiva die Wirkung zuschreiben, dass im Fall ihres Eintritts eine condictio begründet sei, verlangen nicht allein einen rechtsgiltigen, sondern auch einen für die Zukunft gesicherten Abschluss. Hierfür ist u. E. im Gesetz kein Anhalt gegeben. Der Mäkler hat, wenn nicht die gegenteilige Absicht im Vertrag zum Ausdruck gebracht ist, nur den rechtsgiltigen, nicht den gesicherten Vertragsabschluss herbeizuführen; mit der Erreichung des ersten Zieles ist sein Lohnanspruch existent, seine Tätigkeit beendet. Die Parteien haben ja den vom Mäkler herbeigeführten Erfolg, nämlich „Vertragsschluss mit Resolutivbedingung" sich zu Nutze gemacht, sich hiermit also begnügt. Der von ihnen beabsichtigte rechtliche Erfolg ist demnach herbeigeführt, und der spätere Eintritt der Resolutivbedingung kann daher auf den Mäklerlohn keinen Einfluss mehr ausüben.

---

1) S. Oertmann a. a. O. S. 380.
2) Vergl. hierzu Rospatt in Gruchot a. a. O. Bd. 45, S. 555.
3) Dernburg a. a. O. S. 487.
4) Staudinger a. a. O. S. 475.
5) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts S. 554.

Was vom Eintritt der Resolutivbedingung gilt, muss konsequenterweise auch gelten für den Fall der Aufhebung des geschlossenen Vertrages: mag diese auf freiwilliges Aufgeben oder auf ein vertragsmässiges oder gesetzliches Rücktrittsrecht der Parteien zurückzuführen sein, unter allen Umständen ist dem Mäkler nach dem rechtswirksamen Vertragsabschluss der Anspruch auf Lohn bezw. der Lohn selbst zu belassen.

Dass bei der freiwilligen Aufgabe des Vertrages seitens der Parteien kein Zweifel obwalten kann, ist die fast durchweg übereinstimmende Meinung in der Literatur und den vielen in gleichem Sinne entscheidenden Reichsgerichtsurteilen. Ihre Richtigkeit ergibt die einfache Erwägung, dass der Mäkler seinen Lohn verdient hat, sobald der Vertrag durch seine Tätigkeit in rechtswirksamer Weise zustande gekommen ist. Dies kann nicht dadurch aus der Welt geschafft werden, dass die Parteien durch gegenseitige Vereinbarung den Vertrag wieder aufheben.

Ebenso ist unbestritten, dass die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts auf den Lohnanspruch des Mäklers ohne Einfluss ist. Der wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg des von ihm vermittelten Geschäfts berührt ihn in keiner Weise. Der Vertragsschluss ist vorhanden, der Mäklerlohn muss gezahlt und ohne Rücksicht darauf, dass der Vertrag später nicht entsprechend oder überhaupt nicht erfüllt wird, dem Mäkler belassen werden.

Bezüglich des vertraglichen Rücktrittsrechts der Parteien herrscht in Literatur und Judikatur Meinungsverschiedenheit, die aber im letzten Grunde auf die von uns erledigte Frage zurückzuführen ist: Wann ist der Vertrag zustande gekommen?

Rospatt[1]) stellt eine rechtliche Existenz des vermittelten Vertrages in Abrede, wenn einer von den beiden Kontrahenten sich seine endgiltige Entschliessung vertraglich vorbehält und erkennt dem Mäkler keinen Lohn zu, solange keine definitive Einigung über das abzuschliessende Geschäft erfolgt ist.

---

[1]) Rospatt in Gruchot a. a. O. Bd. 45, S. 552 ff.

Auf seiner Seite stehen das Kammergericht[1]), Behrend[2]), Staub[3]).

Foerster-Eccius[4]), das Oberlandesgericht Kiel[5]), Leske[6]), Lehmann-Ring[7]), Riesenfeld[8]) nehmen einen entgegengesetzten Standpunkt ein.

Die einen müssen, um zu ihrer Ansicht zu gelangen, daran festhalten, dass ein mit Klauseln ausgestatteter Vertrag kein rechtswirksam zustande gekommener ist. Die anderen müssen die entgegengesetzte Ueberzeugung haben.

Diejenigen[9]) freilich, welche zwar bei dem Eintritt einer auflösenden Bedingung eine rechtswirksame condictio indebiti zulassen, andererseits diese Klage bei der Verwirklichung des vertragsmässig vorbehaltenen Rücktrittsrechts aber versagen, machen sich einer Inkonsequenz schuldig, indem sie die Rechtslage ohne ersichtlichen Grund bald von dem zweiten, bald von dem ersten Gesichtspunkte aus beurteilen.

Nach unserem oben entwickelten Standpunkte behält der Mäkler auch bei Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts sein Lohnanspruchsrecht bezw. seinen Lohn, da ein rechtswirksamer Vertragsabschluss durch seine Tätigkeit herbeigeführt worden ist.

Ist der durch die Tätigkeit des Mäklers herbeigeführte Vertrag jedoch nichtig, so steht dem Mäkler ein Lohnanspruch nicht zu: es fehlt hier die Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrages, denn ein nichtiger Vertrag ist kein Vertrag.

Bei blosser Anfechtbarkeit des Vertrages ist der Mäklerlohn zunächst verdient; wird aber der Vertrag mit Erfolg angefochten, so ist ohne Zweifel die condictio indebiti (§ 812 B. G. B.) begründet, da nach § 142 B.G.B. der angefochtene Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

---

[1]) Blätter für Rechtspflege 1890 S. 46, 47.
[2]) Behrend, Lehrbuch d. H. R. § 58, Anm. 20.
[3]) Staub a. a. O. § 12 Zus. zu Buch 1.
[4]) Förster-Eccius a. a. O. S. 276.
[5]) Seufferts Archiv Bd. 40, Nr. 16.
[6]) Leske a. a. O. S. 270.
[7]) S. Lehmann-Ring a. a. O. § 99, Anm. 4b.
[8]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 534, 543, 544.
[9]) Planck a. a. O. S. 396. Leske a. a. O. S. 270, u. a.

Bei rein zeitlicher Beschränkung der Wirkung des Rechtsgeschäftes infolge Zufügung eines Anfangs- oder Endtermins kommen nach B. G. B. § 163 diejenigen Vorschriften entsprechend in Anwendung, welche für die aufschiebende und auflösende Bedingung gelten. Im Falle des Anfangstermines hat der Mäkler also erst bei dessen Eintritt, im Falle des Endtermines sofort einen Lohnanspruch.

Im Zusammenhang hiermit ist die wie im Handelsverkehr so auch im bürgerlichen Verkehr vorkommende Abrede, dass dem Mäkler die Geschäftsvermittelung „fest an die Hand gegeben wird". Eine Erklärung dieser technischen Formel ist in Literatur wie Judikatur vielfach zu geben versucht worden[1]). Die Ergebnisse sind u. E. für das praktische Leben recht unbefriedigende.

Allgemein ist dem fraglichen Begriffe in erster Reihe die Bedeutung beigelegt worden, dass er nichts weiter als eine den Vermittelungsauftrag hinzugefügte, den Mäkler treffende Zeitschranke enthalte.

Wäre dies richtig, so würde der ganze praktische Erfolg der Klausel ein so geringfügiger sein, dass es nicht verlohnte, ihm irgendwie Ausdruck zu geben; denn der Kommittent hat jederzeit bis zum Vertragsabschlusse die unbeschränkte Möglichkeit, dem Mäkler zu kündigen. Durch das „fest an die Hand geben" würde er also höchstens eine Erklärung der Kündigung nach Ablauf der Frist ersparen, deren Nichtabgabe ihm übrigens keinen praktischen Nachteil zufügen kann.

Erst in zweiter Linie, falls eine dahingehende Richtung des Parteiwillens aus ganz besonderen Umständen zu entnehmen ist, erblickt die herrschende Ansicht in jener Vertragsklausel den Widerrufsverzicht des Auftraggebers für die ausgesprochene Zeit. Dass die Vereinbarung, in diesem Sinne verstanden, eine erhebliche praktische Bedeutung hat, ist ohne weiteres klar.

[1]) Ueber die Frage haben sich in fast völlig gleichlautendem im Kontexte wiedergegebenen Sinne geäussert: Neubauer a. a. O. S. 26. Rospatt in Gruchot a. a. O. Bd. 45, S. 547. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 584. Auerbach a. a. O. S. 46. Jakusiel a. a. O. S. 49, sowie die bei diesen angeführten Entscheidungen der Gerichte, insbesondere die Entscheidung des R. G. (Entscheidungen des R. G. Bd. 22, S. 881.)

Ein Widerrufsverzicht des Kommittenten ist aber dann anzunehmen, wenn der Auftrag bezüglich des Preises, der Zahlungsbedingung, des Objektes, des Gegenkontrahenten usw. hinreichend präzisiert gewesen ist. Will der Kommittent behaupten, dass ein solcher Verzicht nicht beabsichtigt gewesen sei, so muss er die Behauptung beweisen. Er kann nun freilich nicht zum Abschlusse des von dem Mäkler vorbereiteten Geschäftes gezwungen werden, trotzdem er auf den Widerruf verzichtet hat; aber er ist dem Mäkler gegenüber verpflichtet, vorausgesetzt, dass die sonstigen Bedingungen erfüllt sind, den Lohn zu zahlen[1]).

Eine giltige Vertragsklausel fraglicher Art würde folgendes Beispiel darstellen: Der Auftraggeber ersucht den Mäkler, ihm einen Käufer für sein Haus zu verschaffen. Der Kaufpreis wird limitiert, Zahlungsbedingungen — und Termine werden festgestellt, für den Mäkler wird eine Frist bestimmt, während welcher er die Vermittelung fest in der Hand hat. Findet der Mäkler innerhalb der Frist einen Käufer, welcher alle von dem Auftraggeber gestellten Bedingungen erfüllt, so gilt das oben entwickelte; fehlt jene Präzision des Vermittelungsauftrages, dann kann der Mäkler keine Rechte aus dem „Fest an die Hand geben" herleiten.

Ferner dürfte in der Klausel der weitere Verzicht des Kommittenten, andere als den beauftragten Mäkler zu beschäftigen, liegen. Handelt er dem zuwider, so ist er schadensersatzpflichtig.

Die dritte Voraussetzung für die Existenz des Mäklerlohnanspruches ist die, dass das fragliche Geschäft **infolge der Tätigkeit**[1]) **des Mäklers** zustande gekommen sein muss. Diesem Erfordernis ist nicht damit genügt, dass der Vermittler durch Entfaltung seiner Tätigkeit das Interesse der Parteien gefördert hat und falls dann ganz unabhängig davon der

---

[1]) Damit entfernt sich der mit dieser Klausel geschlossene Vertrag erheblich von der allgemeinen Konstruktion des Mäklervertrages, und mehr gegebenen Falles seine Beurteilung nach den Vorschriften des Dienst- oder Werkvertrages erfahren.

[1]) Das blosse Schweigen und Geschehenlassen begründet nie einen Anspruch auf Mäklerlohn, wie im § 5 auseinandergesetzt ist. (Vergl. im Gegensatz dazu die R. G. E. bei Bolze a. a. O. 6, Nr. 493.)

Vertrag von den Parteien geschlossen worden ist. Bei dem Vertragsschlusse selbst ist eine Tätigkeit des Mäklers nicht notwendig; es genügt der ursächliche Zusammenhang zwischen der Mühewaltung des Vermittlers und dem Zustandekommen des Geschäftes.

Wir haben oben festgestellt, dass sich Nachweis- und Vermittelungstätigkeit nicht ihrem Wesen nach von einander unterscheiden. Ihrem Umfange nach sind sie natürlich verschieden. Bei blosser Nachweistätigkeit des Mäklers wird sich meist ohne Schwierigkeit ein ursächlicher Zusammenhang dartun lassen. Sobald der Mäkler seinem Auftraggeber eine letzterem unbekannte Sache oder Person namhaft macht, eine geeignete Person zuweist oder zuführt[1]), und ein Vertrag über diesen Gegenstand oder mit dieser Person von seinem Kommittenten geschlossen wird, besteht ein tatsächlicher Causalnexus zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Zustandekommen des Geschäftes, ohne dass eine weitere Benutzung der Mäklerdienste zu diesem Zwecke während der Vertragsverhandlungen erforderlich ist. Dass ein Causalnexus zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Geschäftes vorliegt, muss der Mäkler eventuell beweisen[2]). Die Beweislast wird nun freilich nicht so weit gehen, dass der Mäkler jeden einzelnen Faktor, die tatsächlichen Vorgänge der Reihe nach zu beweisen hat, sondern es wird genügen, dass die vorliegenden Tatsachen den Eintritt des rechtlichen Erfolges auf Grund der Tätigkeit des Mäklers als möglich und gerechtfertigt erscheinen lassen.

Für den Causalnexus ist vor Allem nötig, dass der Kommittent von der Tätigkeit des Mäklers Kenntnis hat. Eine Entscheidung des R. G.[3]) weist darauf hin, dass dieser Umstand die Entschliessungen des Auftraggebers sowohl hinsichtlich des Geschäftsabschlusses, als auch der Preisbestimmung usw. erheblich beeinflusst.

Gegen diese Ansicht wendet sich Oertmann[2]), der im

[1]) Vergl. Crome, System des Bürgerlichen Rechts S. 712. Staudinger a.a.O. S. 475. Neubauer a.a.O. S. 13. R. G. E. (Entsch. d. R. G., Bd. 6, S. 187 ff.). Entsch. d. R.O.H.G. (Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 11, S. 199.

[2]) Denselben Standpunkt vertritt eine R. G. E. (Bolze a. a. O. Bd. 11, Nr. 741.)

[3]) R. G. E. (Entsch. d. R. G. Bd. 31, S. 291.)

[4]) S. Oertmann a. a. O. S. 381.

dafür keinen Anhalt findet und auch innere Gründe hierfür kaum als vorhanden ansieht. Nach ihm muss der Kommittent wissen, dass der Gegenkontrahent ihm durch den Mäkler zugewiesen sein k a n n; gegebenenfalls müsse er sich durch Befragen Gewissheit darüber verschaffen.

Die Anschauung Oertmanns können wir nicht teilen; abgesehen davon, dass, wie wir oben festgestellt haben, eine Annahme[1]) der Mäklerdienste seitens des Kommittenten erfolgen muss, um den Lohnanspruch zu begründen, widerspricht es dem praktischen Leben, dass der Auftraggeber sich in jedem einzelnen Falle erkundigen soll, ob der Gegenkontrahent, durch den Mäkler veranlasst, mit ihm in Verbindung tritt. Und wie würde die Rechtslage sich dann gestalten, wenn der Gegenkontrahent wahrheitswidrig die Tätigkeit des Mäklers verneint, der Kommittent also keine Kenntnis erlangt. Wir müssen also daran festhalten, dass an sich ohne die Kenntnis des Auftraggebers bezüglich der Tätigkeit des Mäklers von einem Causalzusammenhang nicht die Rede sein kann. Es gibt nun allerdings Fälle, in welchen jene Kenntnis als ganz nebensächlich erscheint. Planck[2]) hat daraus gefolgert, dass beispielsweise bei Dienstbotenvermittelung der Mäkler unabhängig von der Kenntnis und den sich daraus ergebenden geringfügigen Massnahmen des Kommittenten dann seinen Lohn fordern darf, wenn er tatsächlich den Vertrag vorbereitet hat und der Vertragsschluss auf dieser Basis steht. Diese Ansicht Plancks kann nicht als begründet erachtet werden, denn vom juristischen Gesichtspunkte ist es gleichgiltig, ob jene Kenntnis geringe Entschliessungen oder weitgehende Massnahmen des Kommittenten im Gefolge hat. Die Kenntnis des Kommittenten von dem Wirken des Mäklers wird insbesondere dann erfordert werden müssen, wenn die Vermittelung durch dritte Personen stattgefunden hat, deren Beziehungen zum Mäkler beim Vertragsabschlusse nicht hervorgetreten sind. Dass der

---

[1]) Von einer Annahme der Dienste wird aber nur da die Rede sein können, wo der Auftraggeber bei dem Geschäftsabschlusse von der vorangegangenen Vermittlertätigkeit Kenntnis gehabt hat. (Vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 31, S. 291.)

[2]) S. Planck a. a. O. S. 396.

Mäkler Gehilfen in seinem Betriebe beschäftigen und sich zum Zwecke gemeinschaftlicher Arbeit mit anderen Mäklern verbinden darf[1]), haben wir bereits im § 5 ausgeführt. Natürlicherweise bleibt es dann für die Annahme des Causalnexus bezw. des Lohnanspruches des Mäklers gleichgiltig, ob der bestimmte Mäkler, ein Sozius oder Gehilfen desselben tätig geworden sind. Sogar dann kann der Mäkler, sobald die Voraussetzung für den Causalzusammenhang gegeben wird, den vollen Lohn fordern, wenn ein zu ihm in keinem Verhältnis stehender Mäkler sich im Interesse desselben Kommittenten um denselben Geschäftsabschluss bemüht hat[2]). Nebensächliche Ursachen, die bei der Vertragsvermittelung mitgespielt haben, können den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Zustandekommen des Geschäftes und dem Lohnenspruche des Mäklers nicht beseitigen[3]). Der Zeitpunkt, wo der Mäkler tätig in den Lauf der Vertragsverhandlungen eingegriffen hat[4]), wird in den meisten Fällen für die Frage nach dem Kausalnexus nicht in Betracht kommen, da der Vertragsschluss schliesslich auf irgend einem Stadium der Mäklertätigkeit beruhen kann[4]). Selbst der Umstand, dass der Mäkler nach seinem Eingreifen in die Verhandlung ununterbrochen oder per intervalla tätig ist, braucht keinen Einfluss auf die Causalitätsfrage auszuüben[5]). Zu Ungunsten[6]) des Mäklers freilich wird sich die Rechts-

[1]) Dass zwei oder mehrere verbündete Mäkler nach innen hin in einem Sozietätsverhältnis stehen, ist im § 5 vorliegender Arbeit dargelegt. Nach aussen hin hat der zuerst Beauftragte allein dem Kommittenten gegenüber einen Lohnanspruch. Der oder die anderen Mäkler können von dem allein berechtigten nur fordern, dass er die Provision einziehe und den oder die entsprechenden Anteile abgebe. (Vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 18, S. 163.)

[2]) Vergl. R.G.E. (Bolze a. a. O. Bd. 7, Nr. 499.)

[3]) S. R. G. E. (Bolze a. a. O. Bd. 19, Nr. 476.)

[4]) Vergl. R. G. E. (Seufferts Archiv a. a. O. Bd. 30, Nr. 21, Bd. 34, S. 172, 173.)

[5]) S. R. G. E. (Bolze a. a. O. Bd. 15, Nr. 306.) Das R. G. hat sogar entschieden, dass fraglicher Zusammenhang auch möglich ist, wenn selbst die zugeführten und die den Vertrag abschliessenden Personen nicht identisch sind (vergl. Bolze a. a. O. Bd. 8, Nr. 431); dies kann u. E. auch zutreffen; denn nur das beabsichtigte Geschäft muss mit dem aufgetragenen in seiner Wesenheit identisch sein.

[6]) Vergl. R. G. E. (Bolze a. a. O. Bd. 1, Nr. 972.)

lage fast immer dann gestalten, wenn trotz seiner Tätigkeit die Verhandlungen zwischen den Parteien an irgend einer unausgleichlichen Inkongruenz der Vertragsabsichten gescheitert sind, später aber wieder von den Parteien bona fide ohne den Beistand des Mäklers eingeleitet werden nnd zum Vertragsschlusse führen; auch die Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Mäkler und Kommittenten vor dem Zustandekommen des Geschäftes wird regelmässig zu einer Verneinung des Kausalzusammenhanges führen[1]).

Immerhin können die Umstände des konkreten Falles zu einer anderen Entscheidung führen: es ist, wenn auch nicht wahrscheinlich, so doch denkbar, dass die Tätigkeit des Mäklers auch nach längerer Zeit und auch nach Auflösung des Mäklervertrages auf den Abschluss des Geschäftes von Einfluss ist.

Wird der Mäkler in doloser Absicht durch den Kommittenten aus dem Geschäfte ausgeschaltet, und schliesst der Auftraggeber in arglistiger Umgehung[2]) des Mäklers den Vertrag ab, so gibt auch hier das Vorliegen des Causalnexus den Ausschlag für den Mäklerlohnanspruch, und die Charakterisierung des arglistigen Rücktritts des Kommittenten als unerlaubte Handlung[3]) wird überflüssig.

Der Erwerb des im Vorstehenden erörterten Anspruches auf Lohn wird ausgeschlossen, wenn der Mäkler von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht. Dieses Recht steht ihm jederzeit zu ohne Einhaltung der Kündigungsfrist. Die Heranziehung der Kündigungsfrist beim Dienst-, Werk- und ähnlichen Verträgen[4]) ist unzulässig.

---

[1]) Nach Crome (Partiarische Rechtsgeschäfte S. 434) fehlt der Causalzusammenhang überhaupt stets, wenn der Vertrag zwischen dem Mäkler und Kommittenten vor Abschluss des angebahnten Geschäftes sein Ende findet, es sei denn, dass bei seiner Beendigung die Verhandlungen schon so weit geführt worden sind, dass die Parteien ohne Inanspruchnahme weiterer Dienste des Mäklers das Geschäft abzuschliessen in der Lage und Willens gewesen sind.

[2]) Der Fall der arglistigen Umgehung des Mäklers durch den Auftraggeber ist in Abschnitt VII vorliegender Arbeit eingehend behandelt.

[3]) So: Rocholl-Niedners Begründung (a. a. O. § 580d, Abs. 2, S. 235).

[4]) So: Oertmann a. a. O. S. 378. Planck a. a. O. S. 394 und Kuhlenbeck a. a. O. S. 533.

Der Ansicht von Planck[1]) und Kuhlenbeck[2]), die das Kündigungsrecht des Mäklers bei dem von ihnen sogen. reinen Mäklervertrage deswegen leugnen, weil der Mäkler durch diesen zu einer Tätigkeit nicht verpflichtet sei, steht entgegen, dass darum, weil eine Verpflichtung zur Tätigkeit nicht besteht, nicht gesagt ist, dass nicht andere Pflichten des Mäklers bestehen[3]); und für diese ist das Kündigungsrecht von Bedeutung.

Ein aus dem Rechte auf Lohn sich ergebendes Recht des Mäklers ist, dass er von dem Kommittenten Rechnungslegung nach §§ 259—261 B.G.B. verlangen kann; es wird hauptsächlich in dem Falle praktisch werden, wo dem Mäkler ein Prozentsatz von dem später erst festzustellenden Werte des vermittelten Geschäftes zugesagt worden ist.

§ 652 Abs. 2 B.G.B. handelt schliesslich von dem Rechte des Mäklers auf Ersatz der Auslagen; er bestimmt, dass Aufwendungen dem Mäkler nur zu ersetzen sind, wenn es vereinbart ist, und das auch dann gilt, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt.

Die Aufwendungen werden hauptsächlich bestehen in Korrespondenz- und Reisespesen bei der Nachweis- oder Vermittelungstätigkeit bezüglich Personen oder Gegenstände, die sich in einem anderen Wohnorte des Landes oder im Auslande befinden.

Diese Bestimmung des § 652 Abs. 2 hat die frühere Streitfrage, ob bei dem Scheitern des von dem Kommittenten geplanten und dem Mäkler vermittelten Geschäftsabschlusses der Ersatz der Mäklerauslagen gefordert werden könne[4]), beseitigt.

Die Motive[5]) standen auf dem Standpunkte, dass kein Bedürfnis vorliege, die Frage durch eine besondere Rechtsnorm zu entscheiden.

Unter den Vorschlägen jedoch, welche die zweite Kommission zur Ergänzung des § 580 des ersten Entwurfes erbracht hat, ist der Antrag bezüglich des Aus-

---

[1]) Planck a. a. O. S. 394.

[2]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 533.

[3]) Vergl. Abschnitt IV und VI.

[4]) S. Rocholl in Gruchot a. a. O. Bd. 20, S. 407. Kuhn a. a. O. Bd. 6, S. 239, Anm. 33. Rocholl a. a. O. S. 97ff. Neubauer a. a. O. S. 25. Rocholl-Niedner a. a. O. § 580, d. Abs. 3, S. 234.

[5]) S. Motive a. a. O. S. 514.

lagenersatzes mit einigen geringen von der Redaktionskommission herbeigeführten Veränderungen sachlich durchgegangen[1]).

Für Art und Umfang des Auslagenersatzes kommen die Bestimmungen der §§ 256, 257 B.G.B. in Betracht. Demnach ist der aufgewendete Betrag, oder wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet sind, der als Ersatz ihres Wertes zu zahlende Betrag zurückzuerstatten. Sind die Aufwendungen des Mäklers zu einem bestimmten Zweck gemacht, und ist er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingegangen[2]), so kann er Befreiung von der fälligen Verbindlichkeit und für die noch nicht fällige Verbindlichkeit Sicherheitsleistung nach § 232 B.G.B. verlangen. Dass der Mäkler ohne Vereinbarung kein Recht auf Ersatz der Auslagen hat, mag der Vertrag zustande gekommen sein oder nicht, erscheint als Härte; es fällt das aber unter den Geschäftspunkt der Geschäftsunkosten. Wie jeder andere Geschäftstreibende die Geschäftsunkosten tragen muss, um geschäftliche Erfolge zu erzielen, ebenso bedeutet es für den Mäkler schliesslich nichts anderes, wenn er zur Erlangung seines Lohnes verschiedene zweckmässige Handlungen vornimmt, die unter Umständen mit einem vergeblichen Kostenaufwande seinerseits verbunden sind[3]). Stehen seine Unkosten voraussichtlich in einem

---

[1]) S. Protokolle a. a. O. S. 345 ff., und vergl. Sächsisches B. G. B. v. 1863 § 1258.

[2]) Der Mäkler hat beispielsweise die Aufwendungen nicht aus eigener Tasche zahlen können und hat deswegen ein Darlehn aufnehmen müssen.

[3]) Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 844, führt treffend aus: Scheut der Mäkler die notwendigen oder nützlichen Auslagen, dann verhindert er dadurch zumeist das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäfts und bringt sich selbst somit um die Gebühr. Unter diesem moralischen Druck wird er schon den nötigen Spesenaufwand tragen. Freilich wird er dann die Auslagen auf die Mäklergebühr schlagen und wird sogar versuchen, die Auslagen von erfolglos gebliebenen Bemühungen bei guter Gelegenheit dem Kommittenten aufzuwälzen, für den er mit Erfolg tätig gewesen ist. Hierin liegt doch aber nichts Aussergewöhnliches. Die Parteien haben es ja in der Hand, durch besondere Vereinbarungen über die Höhe der Provision sich gegen solche Abwälzungsgelüste des Mäklers zu schützen, wie gegen die Gefahr, dass sie in der Provision für erfolgreiche Tätigkeit des Mäklers die Mühe und den Zeitverlust bezahlen helfen, welche er im Interesse anderer Auftraggeber ohne Erfolg aufgewendet hat . . . .

Missverhältnisse zu dem Verdienste, muss sich der Mäkler eben bei dem Vertragsabschlusse sichern, um entweder bald eine bestimmte Summe zu Aufwendungszwecken von seinem Kommittenten zur Verfügung zu erhalten[1]) oder nachher Ersatz seiner Auslagen erlangen zu können.

Noch weniger kann er naturgemäss Ersatz verlangen für zufällige Schäden, welche ihm infolge oder bei Gelegenheit seiner Vermittelungstätigkeit treffen[2]).

Bevor wir die Pflichten des Mäklers behandeln, muss auf die in § 4 begründete Zurückweisung einer Leistungspflicht des Mäklers verwiesen werden. Der Mäkler ist nicht zur Tätigkeit verpflichtet. Er wird aber natürlich in seinem eigenen Interesse die zur Herbeiführung eines Geschäftsabschlusses erforderliche Tätigkeit entfalten.

Dass den Rechten des Mäklers aber trotzdem positive Vertragspflichten gegenüberstehen, ergibt sich zweifellos aus der oben § 4 begründeten Zweiseitigkeit des Mäklervertrages; es sind die Pflichten der Sorgfalt, der Treue und Verschwiegenheit.

Bei Entfaltung seiner Tätigkeit muss der Mäkler die erforderliche Sorgfalt und Treue anwenden. Welchen Arbeitsaufwand der Mäkler zu machen hat, lässt sich natürlich nicht absolut bestimmen; die einzelnen Fälle werden ergeben müssen, ob der Mäkler bei der Ermittelung des Gegenkontrahenten und der Vertragsobjekte und der Uebermittelung wesentlicher Tatsachen mit dem nötigen Fleisse zu Werke gegangen ist. Immer aber wird er verpflichtet sein, die Parteien über den Gang der Verhandlungen zu unterrichten. Bei dem Ausgleichen etwaiger Differenzen darf er das Interesse seines Auftraggebers nicht nur nicht gefährden, sondern er hat unter Umständen die Pflicht dem Vertragsschlusse im Sinne des Auftraggebers vorzuarbeiten, um später die günstigsten Vertragsbedingungen für seinen Kommittenten erzielen zu können[3]).

Wenn es dem Mäkler auch obliegt, bei der Auswahl des Gegenkontrahenten sorgfältig vorzugehen, bleibt

---

[1]) Dies ist bei Gutsverkäufen häufig der Fall. (Vergl. Jakusiel a. a. O. S. 47.)

[2]) Vergl. auch Dernburg a. a. O. S. 487.

[3]) Vergl. auch Dernburg a. a. O. S. 484.

es doch eine Zweifelsfrage, ob er verpflichtet ist, sich über die Zahlungsfähigkeit des Kontrahenten zu unterrichten.

Wir nehmen mit der herrschenden Meinung an, dass der Mäkler die Vollziehbarkeit des Geschäftes ohne besondere Vertragsabrede nicht zu vertreten hat. Dass die Solvenz des Gegenkontrahenten ein Moment der Erfüllung des zu vermittelnden Geschäftes ist, muss zugegeben werden, ist aber kein Grund für die Annahme einer solchen Verpflichtung; sie würde über den Rahmen der §§ 652 ff B.G.B. hinausgehen. Ist doch der Kommittent vollkommen frei, den ihn vom Mäkler vorgeschlagenen Gegenkontrahenten als genehm zu bezeichnen, oder abzulehnen; will er also sein Interesse genügend wahren, so muss er sich selbst nach der Solvenz seines Gegenkontrahenten erkundigen. Es entspricht auch dem praktischen Leben, dass er sich hierbei nicht auf die Angaben der Mittelsperson, welche nur an dem Zustandekommen des Vertrages interessiert ist, verlässt. Freilich wird man gewisse Einschränkungen machen müssen[1]).

Als selbstverständlich erledigt sich der Fall, in welchem dem Mäkler die Pflicht der Erkundigung nach der Solvenz des Gegenkontrahenten vertraglich auferlegt worden ist, oder sich aus besonderen Umständen ergibt. Vergeht er sich hiergegen, so verletzt er die ihm obliegende Sorgfalt.

Ebenso ist nicht zweifelhaft, dass es gröbliche Verletzung der Verpflichtung zur Treue und Gewissenhaftigkeit ist, wenn der Mäkler einen solchen Gegenkontrahenten benennt, dessen Zahlungsunfähigkeit ihm bekannt ist, oder wenn er gar einen ihm als insolvent

---

[1]) Den gerade entgegengesetzten, nicht zu teilenden Grundsatz stellt das R.G. (Bolze a.a.O. Bd. 7. S. 187) auf; einen merkwürdigen Gegensatz zu dieser R.G.E. würde auch die von Neubauer (a.a.O. S. 11) angeführte Tatsache bilden, dass in neuerer Zeit mitunter absichtlich ein zahlungsunfähiger Käufer gesucht wird, der bei der Bebauung eines Grundstücks den Bau ausführt und dann dem Verkäufer die Wiedererwerbung des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung zum Nachteile der Baugläubiger ermöglicht. Diese krankhaften Auswüchse des modernen Grossstadtlebens dürfen u. E. freilich im Gesetz keinen Schutz finden; man muss die Ausnahmefälle durch Gesetzesnormen bekämpfen, ohne dass das Gesetz aber zu einer die Allgemeinheit beschränkenden Last wird.

bekannten Kontrahenten absichtlich als solvent bezeichnet. Die Treuepflicht ist aber auch schon durch ein fahrlässiges Handeln des Mäklers bezüglich der Kreditwürdigkeit des vorgeschlagenen Kontrahenten verletzt[1]); er muss dem Auftraggeber alle Tatsachen bekannt geben, welche bei ihrer Kenntnis geeignet sind, denselben von dem Vertragsschlusse abzuhalten; natürlich braucht dies nicht in eine Bevormundung des Auftraggebers seitens des Mäklers auszuarten, man kann nur sagen, dass er nicht aus Rücksicht auf sein eigenes Interesse ihm bekannten Mangel inbezug auf Vertragsobjekt und Vertragsgegner verschweigen darf; aus blossen im Geschäftsleben üblichen Lobreden darf eine weitgehende Verbindlichkeit nicht entnommen werden.

Dritten gegenüber muss der Mäkler Schweigen über diejenigen Mitteilungen bewahren, welche ihm sein Kommittent mit Rücksicht auf den erteilten Auftrag gegeben hat, soweit dies durch dessen Interesse geboten ist; es liegt in der Natur der Sache, dass durch den Mäklervertrag eine Art Vertrauensverhältnis zwischen dem Mäkler und Kommittenten geschaffen wird, auf Grund dessen der Mäkler einen tieferen Einblick in die Rechts- und unter Umständen auch Vermögungslage seines Kommittenten erhält, als der Dritte ihn zu haben braucht. Auf Erfüllung dieser Diskretionspflicht kann sich möglicherweise die ganze Gestaltung des Geschäfts gründen. Allerdings wird es der Mäkler in den meisten Fällen schwerlich dazu bringen können, der Gegenpartei die Namensnennung seines Kommittenten vorzuenthalten, obgleich gerade dieser Umstand bis zur entgiltigen abschlussreifen Geschäftsvorbereitung häufig von grösster Wichtigkeit für den Kommittenten sein kann; aber schliesslich soll der Mäkler den Vertragskonsens der Parteien herbeiführen, und der Vertragskonsens begreift nicht nur den Konsens über das Vertragsobjekt, sondern auch über das Vertragssubjekt in sich.[2])

Andererseits ist der Mäkler verpflichtet, seinem Kommittenten auf Erfordern jederzeit Auskunft über den Stand seiner Tätigkeit zu geben.

---

[1]) Derselben Ansicht: K.-Fachsenfeld a. a. O. S. 68. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 280.

[2]) S. Sohm in Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. Bd. 17, S. 50.

K.-Fachsenfeld[1]) und Riesenfeld[2]) stehen auf dem Standpunkte, dass der Mäkler alle diese Pflichetn nicht nur seinem Auftraggeber, sondern auch dem Gegenkontrahenten gegenüber zu erfüllen habe, und legen dem Mäkler daher eine neue Pflicht, die Pflicht der Unparteilichkeit, zur Wahrung absoluter Neutralität auf.

Wir haben im § 5 die Meinung begründet, dass der Mäkler nur mit seinem Auftraggeber in ein Kontraktverhältnis tritt. Nur diesem gegenüber hat er vertragliche Pflichten, während er dem Gegenkontrahenten nur ausserkontraktlich verpflichtet werden kann. Damit aber steht und fällt die Pflicht des Mäklers zur Unparteilichkeit, die auch Dernburg als ein dem Verkehrswesen gegenüber unerreichbares Ideal ansieht.[3])

Anders ist freilich die Rechtslage, wenn der Dritte neben dem ursprünglichen Auftraggeber den Mäkler ausdrücklich hinzuzieht und sich mit ihm vertraglich verbindet. In dieser vertraglichen Doppeltätigkeit hat der Mäkler die Pflicht, auf neutralem Boden zu stehen, beiden Parteien mit allen Kräften zu dienen und keine der Parteien, die sich beide als seine Kommittenten darstellen, zum Schaden der andern durch besondere Bemühungen zu bevorzugen. Kuhn[4]) hegt berechtigte Zweifel an der wirklichen Erfüllung dieser Mäklerpflicht, da die Prästierung des volllen Fleisses für beide Teile zumeist ein frommer Wunsch der Theorie zu sein scheine, dessen Erfüllung an der Wahrheit des bekannten Bibelspruchs vom Dienste zweier Herren und mit Rücksicht auf die Persönlichkeit vieler Unterhändler zu scheitern pflege.

Von der Zugehörigkeit einer solchen Doppeltätigkeit des Mäklers kann natürlich nur da die Rede sein, wo sie nicht gegen den Inhalt des mit dem ersten Kontrahenten geschlossenen Vertrages verstösst. Dies ist in der Bestimmung des § 654 B.G.B. zum Ausdruck gebracht: „Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz

---

[1]) S. K.-Fachsenfeld a. a. O. S. 71 ff.

[2]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 283.

[3]) S. Dernburg (Preuss. Priv.-Recht II § 190, S. 155); er spricht dort sogar nur von öffentlichen Mäklern, diese sind in ein Kontraktverhältnis zu beiden Parteien getreten und haben absolute Neutralität wahren müssen; denn der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit hat in dem unparteiischen Vermitteln und Beurkunden gelegen.

[4]) Kuhn a. a. O. S. 250.

von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist."[1])

Der erste Entwurf zum B.G.B. hat sich wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden konkreten Sachlage nicht dazu entschliessen können, durch eine allgemeine Rechtsnorm zu entscheiden. Die Motive[2]) argumentieren in dem Sinne, dass es Fälle gäbe, in denen der Mäkler dem ersten Kommittenten verspricht, nur für ihn tätig zu sein und die andere Partei seinen Vertragsabsichten (des ersten Kommittenten) geneigt zu machen, in Wirklichkeit aber sich nachträglich auch von der anderen Partei eine Vergütung im Falle des Zustandekommens des Vertrages versprechen lässt. Abgesehen von diesen Fällen, die augenscheinlich gegen die Treupflicht des Mäklers verstossen, darf der Mäkler, wenn er nur solche faktischen Dienste zu leisten hat, deren Ausführung, ohne als Pflichtverletzung gegen den ersten Auftraggeber zu erscheinen, sich gleichzeitig mit dem Auftrage der anderen Partei verträgt, von beiden Teilen einen Lohn sich versprechen lassen.

In der zweiten Kommission[3]) sind drei von ein-

[1]) In der gemeinrechtlichen Praxis wird die Frage, ob der Mäkler dadurch, dass er gleichzeitig im Auftrage beider Parteien tätig ist, seinen Anspruch auf die Mäklergebühr gegen den ersten Kontrahenten verwirkt oder demselben zum Schadenersatz verpflichtet ist, oder ob es zulässig und auf seine Ansprüche ohne Einfluss ist, wenn er auch im Interesse des Dritten tätig wird, verschieden beantwortet, indem in der hier fraglichen Beziehung dem Mäkler bald die rechtliche Stellung eines Mandatars, bald die eines zwischen beiden Parteien stehenden, zur Wahrnehmung ihrer beiderseitigen Interessen berufenen, unparteiischen Vermittlers beigelegt wird. (Vergl. Seufferts Archiv a. a. O. XIV, 229; XXXIV, 202; XXXIX, 208; XXXII, 37; ferner Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht XXII S. 208 ff.; Entsch. d. R.O.H.G. VII, 23; IX, 74, 240; X, 82.) Die preussische Doktrin und Praxis nimmt vorwiegend an, dass die Vorschrift des A.L.R. I, 13 § 22, auch auf blosse Vermittler anwendbar sei, und deshalb der Mäkler Aufträge beider Teile zur Vermittelung desselben Geschäftes nicht annehmen dürfe, wenn das Interesse beider Teile kollidiere, widrigenfalls er seines Anspruches auf die Gebühr wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten verlustig geht. (Vergl. Entsch. d. R.O.H.G. VII, 23; IX, 74, 240; Gruchot XXIV, 983 ff.; Entsch. d. R.G. IV, 62). So: Ausführung der Motive a. a. O. S. 514, 515.

[2]) Motive a. a. O. S. 514.

[3]) Protokolle a. a. O. S. 342 ff.

ander wenig abweichende Anträge gestellt worden, welche darauf abgezielt haben, dem Mäkler überhaupt keine Provision zuzubilligen, wenn er sich von beiden Teilen einen Entgelt für seine Bemühungen habe versprechen lassen. Die Mehrheit der Kommission aber hat die Aufnahme einer Bestimmung im Sinne der Anträge mit der Begründung abgelehnt, dass sie teils selbstverständlich, teils unrichtig sei, insofern als der Mäkler einerseits seine Bemühungen nur im Interesse des ersten Kommittenten zu entwickeln habe, andererseits seine Tätigkeit sich mit einer unparteiischen, ein Kollisionsinteresse nicht ergebenden Vermittelung begnüge.

Erst in der Reichstags-Kommission hat die in Rede stehende Frage trotz des Widerstandes der Regierungs-Vertreter eine definitive Beantwortung gefunden, die uns jetzt als Gesetzbestimmung vorliegt und Klarheit schaffen sollte. Und doch wird der § 654 B.G.B. in der Literatur verschieden ausgelegt, da in ihm die Parteirolle des Mäklers ungenügend begrenzt ist. Die Fassung desselben unterstellt zunächst, dass der Mäkler beiden Parteien Dienste leisten darf.

Ist eine besondere, durch ein einseitiges, vom Mäkler nicht ausdrücklich oder stillschweigend angenommenes Verbot des Kommittenten nicht zu ersetzende Vertragsabrede[1]) vorhanden, welche dem Mäkler schlechthin verbietet, für den anderen Teil tätig zu werden, so liegt nach § 654 unzweifelhaft ein vertragswidriges Handeln des Mäklers vor.

---

[1]) Vielfach wird der Auftraggeber, der das zu vermittelnde Geschäft nach seinen persönlichen Verhältnissen als ein sehr wichtiges ansieht, beim Abschlusse des Vertrages davon ausgehen, dass der Mäkler als sein Vertrauensmann nur für ihn tätig werden soll, während der Mäkler, der die Vermittelung gewerbsmässig betreibt, die Angelegenheit mehr von der objektiven Seite anzusehen geneigt ist und es durchaus nicht für illoyal halten wird, auch nach der anderen Seite ein Geschäft zu machen. Aus diesem Grunde will Planck (a. a. O. S. 398) sich hier auf die Seite des Auftraggebers stellen, vorausgesetzt, dass dessen Standpunkt beim Abschlusse des Vertrages genügend zum Ausdruck gebracht ist. Wenn es möglich ist, diesen Standpunkt des Kommittenten ohne besondere Vertragsabrede und die ausdrückliche oder stillschweigende Annahme desselben durch den Mäkler aus dem Vertrage heraus festzustellen, halten wir Plancks Ausführung für zutreffend, andernfalls nicht. Denn der § 654 B.G.B. setzt nicht, wie Planck selbst sagt, eine Verletzung der Interessen des Auftraggebers voraus, sondern er knüpft die Verwirkung des Anspruchs auf Mäklerlohn lediglich an die Verletzung des Vertragsinhalts.

Unter den mit dieser Frage sich beschäftigenden Schriftstellern besteht keine Uebereinstimmung.

Während die einen den Gesetzespassus „dem Inhalt des Vertrages zuwider“ durch eine vorliegende Interessenkollision der Parteien erfüllt sehen wollen und den Mäkler in diesem Falle einen Doppeldienst untersagen, stehen andere auf gerade entgegengesetztem Standpunkte, indem sie die Ausgleichung der Interessenkollision für seine Haupttätigkeit halten und entsprechend die entgeltliche Uebernahme kollidierender Aufträge gestatten, wieder andere wollen vermitteln, dritte stellen vermittelnde Meinungen auf.

Die extremste Stellung nehmen Staub[1]) und Burchard[2]) ein. Staub, der sich auf die frühere Rechtsprechung und Literatur[3]) und auf Düringer und Hachenburg,[4]) als Kommentatoren des modernen Rechts stützt, hält, sobald der Mäkler sich zur Interessenkollision führenden Doppeldiensten unterzieht, die Voraussetzung des § 654 für gegeben und versagt dem Vermittelungsmäkler im Gegensatz zum Nachweismäkler jegliche Entfaltung zweiseitiger Bemühungen, als „dem Inhalte des Vertrages zuwider“, da der Vorteil der einen Partei stets einen Nachteil der anderen bedeuten müsse.

Burchard stellt umgekehrt das Ausgleichen der Interessenkollision beider Parteien im Einklang mit Reuling[5]) als den Normalfall der Tätigkeit des Mäklers hin und will den § 654 B.G.B. ausser bei einem Verstosse des Mäklers gegen eine besondere Vertragsabrede nur angewendet sehen, wenn ein geradezu betrügerisches Verhalten des Mäklers vorliegt.

Gegen Staub spricht, dass der § 654, gegen Burchard, dass solche Doppeldienstleistungen des Mäklers s u b s u m i e r t, an keiner Stelle als normal und selbstverständlich bezeichnet werden.

---

[1]) S. Staub a. a. O. S. 332.

[2]) S. Burchard a. a. O. S. 287 ff.

[3]) Vergl. Entsch. des R.O.H.G. VII, 90; des R.G. IV, S. 292. Bolze a. a. O. 11 Nr. 316; 23 Nr. 431. Förster-Eccius a. a. O. S. 281. Dernburg Pr. Priv.-R. II § 190, Anm. 21.

[4]) S. Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 287.

[5]) S. Reuling in Gruchot a. a. O. Bd. 40, S. 199.

Dernburg[1]) und Planck[2]) nehmen einen vermittelnden Standpunkt ein; sie unterscheiden zwei Mäklerkategerien, den unparteiischen Vermittler und den Vertrauensmann des Kommittenten. Ersterer darf sich eine Vergütung von beiden Parteien versprechen lassen, letzterer nicht. Die Umstände der konkreten Fälle sollen nach ihrer Ansicht mangels einer gesetzlichen Präsumption darüber entscheiden, ob es sich um die eine oder die andere Kategorie handelt.

Einen Anhalt für die Unterscheidung ist im Gesetze nicht zu finden, auch dürfte es praktisch schwer sein, sie überall durchzuführen.[3])

Im wesentlichen sind sich die meisten anderen Schriftsteller darüber einig, dass ein Zuwiderhandeln gegen den Inhalt des Vertrages nicht nur bei besonderer, den Doppeldienst ausschliessenden Vertragsabrede zwischen dem Mäkler und Kommittenten möglich ist, sondern schon bei einer Interessenkollision der Parteien vorliegen kann; ob eine solche existiert, ist nun freilich nur nach den Umständen im konkreten Falle zu beantworten.

Dies ist u. E. der richtige Standpunkt, von dem aus aber doch noch Unterschiede gemacht werden müssen.

Bei einer einfachen Interessenkollision, wie sie bei jedem Vertrage insofern vorliegt, als die Parteien einander in getrenntem Interesse gegenüberstehen, ist doch immer eine Uebereinstimmung der Interessen insofern vorhanden, als eben der Wille beider Parteien auf den Abschluss des Vertrages gerichtet ist.[4])

---

[1]) S. Dernburg a. a. O. S. 488.

[2]) S. Planck a. a. O. S. 398.

[3]) Aehnlicher Ansicht: Staudinger a. a. O. S. 477. Heine a. a. O. S. 44. Auerbach a. a. O. S. 74.

[4]) So die R. G. E. vom 7. März 1885: Wenn auch beim Abschlusse eines Kaufvertrages die Interessen der beiden Vertragsschliessenden einander insofern entgegenlaufen. als jede Partei so vorteilhaft wie möglich abzuschliessen wünscht, so stimmen doch ihre Interessen darin überein, dass beide Teile das Zustandekommen des Geschäfts wünschen, daher die Erzielung einer solchen Ausgleichung der entgegengesetzten Interessen bei Vereinbarung der Vertragsbedingungen anstreben, dass der Abschluss des Geschäftes den Interessen beider entspricht.

Bei einer unausgleichlichen Interessenkollusion[1]) hingegen muss, wenn es auch schliesslich zum Vertragsschlusse kommt, notwendig eine der Parteien zugunsten der anderen dabei geschädigt worden sein.

Weiht der Mäkler nun im ersten Falle seine Dienste beiden Parteien, so wird eine genaue Prüfung der konkreten Sachlage in den meisten Fällen ergeben, dass diese Tätigkeit des Mäklers keineswegs eine Kollision seiner Vertragspflichten mit sich bringt. Denn er wird, wenn er im Sinne des letzten Zieles tätig ist, nicht dem entgegengesetzten Interesse, sondern dem gemeinsamen Interesse beider Teile dienen.

Im zweiten Falle dagegen würde der Mäkler durch Leistung von Doppeldiensten zum schärfsten Widerstreit seiner Pflichten gelangen, mag er sich die Ermöglichung von etwas Unmöglichem zugetraut haben oder nur auf sein eigenstes Interesse bedacht gewesen sein.

Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, hat das R.G.[2]) mit vollem Recht den Mäkler die Folgen seiner Pflichtverletzung tragen lassen und die Provision dem Mäkler verweigert, der vom Verkäufer den Auftrag zum Verkaufe eines Grundstücks zu 225000 Mark und zugleich vom Käufer den Auftrag zum Ankaufe ebendesselben Grundstücks zum Preise von 210000 Mark übernommen hat; in gleicher Weise[3]) hat es einen anderen Mäkler beurteilt, der, mit dem Auftrage des Eigentümers betraut, einen Grundstücksverkauf zu vermitteln, dem Käufer bei den Unterhandlungen versprochen hat, er selbst und ein Dritter würden dem Käufer das Haus wieder abkaufen, wobei das eigenste Interesse des Mäklers natürlicherweise dahin gegangen ist, das Grundstück dem Käufer möglichst billig zu verschaffen, um es von ihm wiederum recht vorteilhaft zu erwerben. Dass in derartigen Fällen die Voraussetzung des § 654 B.G.B. gegeben ist, kann nicht zweifelhaft sein[4]).

---

[1]) Von einer unausgleichlichen Interessenkollision spricht auch Oertmann a. a. O. S. 382; Cosack, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts S. 553 handelt von kollidierenden Aufträgen des Mäklers, die wegen der Schärfe der Interessenkollision gegen Treu und Glauben gehen.

[2]) S. R.G. E. (Bolze a. a. O. 5 Nr. 582).

[3]) S. R.G. E. (Bolze a. a. O. 10 Nr. 415).

[4]) Vergl. Staudinger a. a. O. S. 477 und Oertmann a. a. O. S. 382.

Wenn nun das Gesetz ausdrücklich sagt, dass der Mäkler dem Inhalt des Vertrages zuwider für die andere Partei tätig geworden sein muss[1]), so wird die Frage der Interessenkollision für den blossen Nachweismäkler kaum praktisch werden[2]). Wenn einmal der Fall vorkommen sollte, dass dem Mäkler von dem Gegenkontrahenten ein Provisionsversprechen gemacht ist, ohne dass eine Tätigkeit dafür gefordert wird,[3]) so ist mangels der vom Gesetz aufgestellten Voraussetzung des Tätigwerdens auch für den anderen Teil von einer Interessenkollision die Rede, ebensowenig wie dann, wenn der Mäkler hinterher, d. h. nach Abschluss des Geschäfts auch von der Gegenseite eine Provisionssumme annimmt.[4])

Muss er aber tätig werden, so fragt es sich eben, ob in dieser Tätigkeit eine Vertragswidrigkeit zu zu erblicken ist. —

Wie aber ist die Lage des Mäklers da, wo eine unausgleichliche Interessenkollision der Parteien vorliegt, diese aber dennoch seine Dienste in Anspruch nehmen, trotzdem beide wissen, dass er auch für den anderen Teil tätig ist.

Während Riesenfeld[5]) hier dem Mäkler den Lohn zubilligt, also gegen die Einrede des § 654 B.G.B. dem Mäkler eine durchgreifende Replik dahin gibt, dass die Uebernahme der beiden Aufträge mit Wissen und Genehmigung beider Teile erfolgt sei, schliesst Staub[6]) unter Berufung darauf, dass dem Mäkler hierbei die Stellung als Vertrauensmann beider Teile zukomme, der das beiderseitige Interesse unparteiisch wahrzunehmen habe, den Lohnanspruch aus.

---

[1]) Der unter Umständen schwierige Beweis dafür dürfte durch § 810 B.G.B. erleichtert werden, wonach man berechtigt ist, Urkunden, wenn sie Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthalten, die zwischen einem der beiden Interessenten und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind, von ihrem Besitzer zur Einsicht zu verlangen.

[2]) Oertmann a. a. O. S. 382 behauptet das Gegenteil, ohne jedoch seine Ansicht zu begründen oder einen praktischen Fall anzuführen.

[3]) Vergl. dazu Auerbach a. a. O. S. 76.

[4]) Vergl. Staub a. a. O. S. 332.

[5]) Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 559.

[6]) S. Staub a. a. O. S. 332.

Diese neutrale Rolle, welche Staub entsprechend einer von ihm angeführten R.G.E. dem Mäkler zudiktiert, wird im praktischen Leben meistenteils nicht durchgeführt werden. Wir sind der Ansicht, dass der Mäkler bei Kenntnis und Genehmigung der Parteien hinsichtlich seiner Tätigkeit grundsätzlich immer den Lohn zu fordern hat. Denn wenn auch seine Tätigkeit stets die eine Partei schädigen wird, so ist sie doch nicht vertragswidrig, weil die Parteien ja diese Schädigung von der von vornherein noch gar nicht festzustehen braucht, wen sie treffen wird, mit in den Kauf nehmen wollen. Bei alledem wird man der Staub'schen Ansicht eine gewisse Berechtigung nicht absprechen können, insofern nämlich eine so krasse Vertragswidrigkeit vom Mäkler betätigt werden kann, dass sie den Grundsätzen über Treu und Glauben und damit dem Willen und Wissen der Parteien zuwiderläuft.

Die Folge der vertragswidrigen Tätigkeit des Mäklers wird in § 654 B.G.B. dahin angegeben: Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen.

Staub[1]) sieht in dieser Bestimmung nur eine nichtbeabsichtigte Schärfe des Ausdrucks und interpretiert, dass die Pflichtverletzung des Mäklers der geschädigten Partei nur eine Einrede gegen den Lohnanspruch gäbe.

Ein Anhalt für die Annahme, dass das Gesetz sich so ungenau ausgedrückt habe, ist aber nicht gegeben. Wäre die von Staub angenommene Ansicht die des Gesetzbuches, hätte es den Kommittenten nur eine Einrede gegen den an sich begründeten Lohnanspruch des Mäklers geben wollen, so wäre — bei der sorgfältigen Redaktion des Gesetzbuches — anstatt des „ist ausgeschlossen“, das an anderen Stellen so häufig angewandte „kann verweigern“ gesetzt worden. Man muss daher annehmen, dass das Gesetz absichtlich weiter gegangen ist, und dass der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen in diesem Falle gar nicht zur Entstehung kommt.[2])

[1]) S. Staub a. a. O. S. 332. Derselben Ansicht sind Düringer und Hachenb. a. a. O. S. 288, Jakusiel a. a. O. S. 41, Heine a. a. O. S. 46, Matthias a. a. O. S. 535.

[2]) Gleicher Ansicht Planck a. a. O. S. 398, mit einer Abweichung Oertmann a. a. O. S. 382, Staudinger a. a. O. S. 477.

Für diese Auslegung spricht noch eine weitere Erwägung. Hätte der Gesetzgeber, wie Staub annimmt, dem Kommittenten nur eine Einrede gewähren wollen, dann wäre der ganze Paragraph 654 überflüssig gewesen.[1]) Denn die vertragswidrige Tätigkeit auch für den anderen Teil bedeutet Nichterfüllung der zuerst übernommenen Verpflichtung und gibt schon nach allgemeinen Regeln (§§ 242, 276, 325-327 B.G.B.) dem Kommittenten eine Einrede gegen den Lohnanspruch.

Kommt aber der Lohnanspruch überhaupt nicht zur Entstehung, so ist die Ansicht Oertmanns[2]), dass er nur dem Verletzten gegenüber ausgeschlossen sei, nicht zu billigen, wenn man auch zugeben mag, dass dieses Ergebnis ein praktisch wenig befriedigendes ist.

Ein Verstoss des Mäklers gegen eine seiner Pflichten begründet seine Haftung auf Schadenersatz.

Im Gemeinen Recht ist die Frage, für welche Art von Verschulden der Mäkter haftet, bestritten. Nach der einen Anschauung — und diese stützt sich auf den Wortlaut der Digesten -- haftet der Mäkler nur für dolus und diesem gleichznstellende culpa lata; nach der anderen, sich auf eine extensive Interpretation der Digesten stützende Ansicht auch für culpa levis.[3])

Wenn Rocholl[4]) eine Haftung des Mäklers für culpa in concreto deshalb annimmt, weil der Kommittent dem Mäkler hinsichtlich seiner Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit besonderes Zutrauen schenke, so würde doch wohl dieser Grund zu besonders strenger Haftung führen müssen.

Die Haftung des Mäklers im B.G.B. ist die allgemeine für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 B.G.B. und die allgemeinen Bestimmungen über Schadensersatz). Die alte Streitfrage über seine Haftung auch wegen culpa levis ist damit aus der Welt geschafft. Der § 276 B.G.B. umfasst omnis culpa. Eine derartige Regelung der Haftungsverhältnisse ist auch innerlich vollkommen begründet, da es sich um ein entgeltliches Rechtsgeschäft handelt, bei welchem beide Kontrahenten ihren Vorteil suchen.

---

[1]) Auf diesen Standpunkt haben sich, wie erwähnt, die Regierungsvertreter im Reichstag gestellt.

[2]) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 382.

[3]) S. die in § 2 vorliegender Arbeit angeführten Vertreter dieser Ansichten.

[4]) S. Rocholl a. a. O. S. 83.

Der Mäkler haftet während der ganzen Dauer seiner Tätigkeit, von dem Abschlusse des Mäklervertrages an bis zu dem Augenblicke, in welchem die Parteien den von ihm vorbereiteten Vertrag eingehen. Hinsichtlich der Erfüllung des Geschäftes ist von einer Haftung des Mäklers keine Rede.

Dernburg[1]) hat die Behauptung aufgestellt, dass, wenn eine von dem Mäkler erzwungene Vermittelungstätigkeit auch praktisch für den Auftraggeber ohne Wert sein würde, in vielen Fällen doch eine Schadensersatzpflicht des Mäklers wegen Unterlassung der Vermittelung insbesondere nach § 283 B.G.B. motiviert sein könne.

Nach dem, was wir früher über die Pflichten des Mäklers, speziell über die angebliche Erfüllungspflicht, ausgeführt haben, müssen wir eine solche Haftung und Schadensersatzpflicht des Mäklers entschieden verneinen. Wie will der Kommittent den Causalnexus der Unterlassung mit seinem Schaden beweisen, wie will er nachweisen, dass es im Falle der Tätigkeit des Mäklers zu einem Geschäftsabschlusse gekommen wäre? Und wie will er die Behauptung des Mäklers widerlegen, dass er keinen geeigneten Gegenkontrahenten gekannt, auch nicht gewusst habe, wo ein solcher zu erkunden gewesen wäre?

Eine vertragliche Haftung des Mäklers ist an sich nur gegenüber seinem Kommittenten gegeben, gegenüber dem Gegenkontrahenten nur dann, wenn er ordnungsgemäss auch mit diesem in Vertragsbeziehungen getreten ist; ist dies nicht der Fall, so bestehen ihm gegenüber keine Vertragspflichten, der Mäkler kann dann nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen haften. Jetzt liegt es aber in der Natur der Sache, dass gerade Schädigungen des Gegenkontrahenten durch den Mäkler sehr leicht und oft vorkommen.[2])

Hat der Mäkler, wozu er in der Regel berechtigt ist, Gehilfen zugezogen, so haftet er für ihr Verschulden gemäss § 278 B.G.B. wie für eigenes.

[1]) S. Dernburg a. a. O. S. 484.

[2]) Im Gemeinen Recht lassen Riesenfeld (in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 283 ff.) und K.-Fachsenfeld a. a. O. S. 71 ff. den Mäkler dem Gegenkontrahenten gegenüber ebenso haften wie dem Kom-

VII.

Rechte und Pflichten des Auftraggebers.

Abgesehen von den aus den Rechten und Pflichten des Mäklers (§ 6) sich von selbst ergebenden Pflichten und Rechten des Auftraggebers kommt noch Besonderes in Betracht.

Ebenso wie der Mäkler keine Verpflichtung zur Tätigkeit hat, steht es dem Kommittenten jederzeit frei, mag er die initiative Tätigkeit des Mäklers gebilligt oder seine Bemühungen selbst veranlasst haben, die Arbeit des Mäklers für sich in Gestalt eines Vertragsschlusses zu verwerten oder nicht.[1]) Selbst eine grundlose und widersinnige Ablehnung des Geschäftsabschlusses seitens des Kommittenten macht die vielleicht durchaus zweckentsprechenden, im Sinne des gegebenen Auftrages durchgeführten Dienstleistungen des Mäklers zu Schanden und schliesst die Entstehung des Lohnanspruches aus.

Missbraucht der Kommittent aber sein Recht dazu, um dem Mäkler nur unnütze Arbeit und Mühen aufzubürden, ohne die Absicht, jemals Nutzen daraus zu ziehen und den durch den Mäkler erzielten Erfolg entsprechend zu honorieren, so dürfte unter Zugrundelegung des Chikane-Paragraphen 226 B.G.B., der § 826 B.G.B. zur Anwendung gelangen. Daraus folgt eine Haftung des Kommittenten gegenüber dem Mäkler, die im zweiten Teile dieses Paragraphen noch genauere Berücksichtigung finden wird.

mittenten gegenüber, weil sie davon ausgehen, dass der Mäkler durch seine Tätigkeit auch mit dem Gegenkontrahenten nolens volens in ein Vertragsverhältnis getreten ist, welche Auffassung wir oben prinzipiell abgelehnt haben.

[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in dem Titel „Mäklervertrag“ nicht besonders Stellung zu dieser Frage genommen; es müssen daher die allgemeinen Grundsätze über Verträge zur Beurteilung herangezogen werden.

Die rechtliche Freiheit des Kommittenten in Bezug auf das Eingehen des vom Mäkler abschlussreif vorbereiteten Vertrages ergibt sein Recht, dem Mäkler jederzeit zu kündigen[1]) und einseitig das Vertragsverhältnis aufheben zu können, ohne dass ein Anspruch des Mäklers auf die vereinbarte Vergütung vorhanden bleibt.

Der Auftraggeber begibt sich natürlicherweise seines freien Ablehnungs- und Kündigungsrechtes dem Mäkler gegenüber, sobald er das von diesem vorbereitete und vermittelte Geschäft abschliesst.

Die dadurch begründete Verpflichtung des Kommittenten zur Zahlung des Lohnes schränkt das Gesetz insofern ein, als es einer bestimmten Klasse von Kommittenten in § 655 ein Recht auf Ermässigung des Lohnes verleiht:

> „Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrages oder für die Vermittelung eines solchen Vertages ein unverhältnismässig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen.“

Diese Vorschrift beruht auf Reichstagsbeschluss.

Wir haben gelegentlich der Behandlung des Mäklervertrages im Römischen Recht den Begriff „modus“ erörtert und seine vielfache Auffassung als Ermässigungsrecht des Richters zurückgewiesen.

Entsprechend dem römisch-rechtlichen Standpunkte hat man auch in der ersten Lesung den Antrag in seiner allgemeinen Fassung: „Ein unverhältnissmäsiger Mäklerlohn kann herabgesetzt werden“, energisch mit Erfolg bekämpft.

In der zweiten Lesung jedoch hat man die nachhaltige Wirkung des ersten Antrages nicht vollständig beseitigen können. Man hat das Ermässigungsrecht nicht schlechthin verworfen, aber auf Dienstverträge beschränkt. Der Widerstand der Regierungsvertreter, welche überhaupt nichts von einem Ermässigungsrechte

---

[1]) Der Ausschluss des Kündigungsrechtes durch die Vertragsklausel „fest an die Hand geben“ ist in § 6 erörtert worden.

des Richters haben wissen wollen, und ihre Stellungnahme zu der Frage damit begründet haben, dass einerseits kein Bedürfnis zu einer derartigen Beschränkung der Vertragsfreiheit vorliege, zumal die schlimmsten Schäden schon durch das Wuchergesetz getroffen würden, andererseits die Feststellung eines unverhältnismässig hohen Mäklerlohnes wegen seines Charakters als Zeitlohn ungeheuer schwierig sei, hat der Mehrheit gegenüber nicht Stand halten können und verstummen müssen.

Die Majorität hat der Bestimmung, wie sie uns jetzt im Gesetze vorliegt, zum Siege verholfen; sie ist dabei von dem Grundsatze ausgegangen, dass der wirtschaftlich Schwache vor den Ausbeutungsgelüsten des Starken zu schützen sei und hat gemeint, dass dieser Grundsatz gerade hier besonderen Ausdruck erhalten müsse, weil bedeutende Uebervorteilungen, insbesondere Dienstsuchenden, Schauspielern usw. gegenüber seitens der in vielen Fällen wenig Vertrauen erweckenden Mäkler an der Tagesordnung seien.[1])

Da der moderne Verkehr besonders in dieser Spezies des Mäklergewerbes die eigenartigsten Blüten getrieben hat, halten wir jenen Standpunkt, welchen das Plenum des Reichstages vergeblich durch die allgemeine Fassung der ersten Lesung hat beseitigen wollen, für richtiger, als den Standpunkt der ersten Lesung.

Das Anwendungsgebiet des ius cogens enthaltenden § 655 B.G.B. ist, wie gesagt, ein begrenztes. Zwar begreift es die Mäklertätigkeit in ihrem ganzen Umfange, die Nachweis- und Vermittelungstätigkeit, in sich, schliesst aber alle anderen Mäkler bis auf diejenigen, welche ihre Arbeitskraft dem Zustandekommen von Dienstverträgen widmen, aus seinem Wirkungskreise aus.[2])

---

[1]) Vergl. dazu die Ausführungen in den Reichstagskommissions-Berichten I, S. 93-94 und in den Reichstagssitzungs-Protokollen S. 2785-2786, 3060.

[2]) Jakusiel (a. a. O. S. 44) stellt die Ueberlegung, ob das Gesetz nicht einschränkend dahin auszulegen sei, dass nur die von Dienstsuchenden versprochene Provision herabgemindert werden dürfe, da ein übermässig hohes Provisionsversprechen des Dienstherrn in der Praxis nicht vorkomme, als müssig hin. Wenn ihm die Praxis auch meist recht geben wird, sagt das Gesetz doch nichts, was zu dieser Interpretation berechtigen könnte.

Der § 655 bezieht sich natürlich auf alle im 6. Titel des II. Buches normierten Verträge, also auch auf Dienste höherer Art. Er wird hauptsächlich bei Verträgen von Dienstboten, Schauspielern, Sängern und Artisten mit den Stellenvermittlern in Betracht kommen;[1]) denn gerade hier kommen häufig Uebervorteilungen durch letztere vor.[2]) Das Gros der Theateragenten hat sich aber meist in so geschickte Beziehungen zu den verschiedenen Theaterdirektionen zu setzen gewusst, dass die Stellensuchenden unter Umständen lieber stillschweigend unverhältnismässig hohe Abgaben zahlen, um es nicht mit ihren Vermittlern zu verderben und beschäftigungslos zu bleiben.

Dass der Kommittent sich der Unverhältnismässigkeit des vereinbarten Lohnes bewusst ist, schliesst sein Recht auf Ermässigung nicht aus; er braucht sich nicht auf Unerfahrenheit, Notlage usw. berufen.[3])

Ist aber der Lohn gezahlt, so ist das Ermässigungsrecht ausgeschlossen; der § 655 gibt dem Kommittenten nur das Recht, den Antrag auf Ermässigung des Honorars zu stellen; eine Ermässigung ex officio findet nicht statt, einerlei, ob der Mäkler seine Tätigkeit gewerbsmässig ausübt, oder nicht.

[1]) Nach den §§ 75a, 148, 38 der R.G.O. sind die Stellenvermittler verpflichtet das Verzeichnis der von ihnen für ihre gewerblichen Leistungen aufgestellten Taxen der Orts-Polizei-Behörde einzureichen und in ihren Geschäftsräumen an einer in die Augen fallenden Stelle anzuschlagen. Wenn sie auch nicht in der Abänderung ihrer Taxen gehindert sind, müssen diese doch solange wirksam bleiben, bis die Polizeibehörde auf eine Anzeige hin von ihrer neuen Gestaltung Kenntnis genommen hat und das abgeänderte Verzeichnis in den Geschäftsräumen angeschlagen ist, damit die Stellensuchenden vor Abschluss des Vertrages mit dem Mäkler die für sie in Betracht kommende Taxe schwarz auf weiss sehen können. Ueberschreiten die Gesinde- oder Stellenvermittler die festgelegte Taxe oder unterlassen sie die Einreichung des Verzeichnisses, so werden sie mit Geldstrafe bis zu 150 Mark und im Unvermögensfalle mit Haft bis zu vier Wochen bestraft. Ueberdies haben die Zentralbehörden das Recht, über den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen dieser Mäkler, wie auch über ihren Geschäftsbetrieb unbeschadet der landesgesetzlichen Vorschriften besondere Bestimmungen zu treffen.

[2]) § 655 B.G.B. übt natürlich keinen Einfluss auf die Bestimmungen von § 138 B.G.B. über die Nichtigkeit unsittlicher Rechtsgeschäfte, besonders auch wucherischer Geschäfte, aus.

[3]) Vgl. dazu Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 329.

Eine teilweise Zurückforderung des einmal gezahlten und unverhältnismässig hohen Lohnes ist also ausgeschlossen. Von einer Bezahlung wird aber nur dort die Rede sein können, wo das Forderungsrecht in seiner rechtlichen Existenz aufgehoben wird, weil seine Zweckbestimmung so wie es nach dem Inhalt der Schuldverpflichtung geschehen sollte, erreicht ist.[1]) In diesem Sinne sind z. B. Accepthingabe oder Hypothekenbestellung keine das Ermässigungsrecht beseitigende Bezahlung. Der erfolgten Zahlung ist gleich zu stellen das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils auf Zahlung des beanspruchten vollen Mäklerlohnes.[2])

Wie bei der Konventionalstrafe (§ 344 B.G.B.) so hat auch hier der Richter den konkreten Fall genau zu prüfen. Er muss insbesondere beachten, dass Mühe und Kosten von Seiten des Mäklers oft umsonst aufgewendet werden, da der Kommittent den vermittelten Vertrag nicht abzuschliessen braucht oder der Vertrag aus anderen Gründen nicht zu stande kommen kann und ohne Abschluss des Vertrages mangels besonderer Vereinbarung Aufwendungen nicht zu ersetzen sind.

Schliesslich mag noch das Recht des Kommittenten, mehere Mäkler, wenn sie auch nicht zu einander in einem inneren Verhältnisse stehen, zu beschäftigen, erwähnt werden. Auch dieses Recht kann der Auftraggeber unter Umständen durch die Aufnahme der Vertragsklausel „fest an die Hand geben“ aufgeben.[3])

Die Hauptpflicht des Kommittenten, dem Mäkler nach dem infolge der Tätigkeit desselben zustande gekommenen rechtswirksamen Vertragsschlusse den Lohn zu zahlen, hat bereits durch die Ausführungen über das Hauptrecht des Mäklers genügende Behandlung erfahren. Die gleiche Verpflichtung hat unter denselben Voraussetzungen der zweite Kontrahent, wenn er mit dem Mäkler auch einen Vertrag geschlossen hat.[4])

[1]) Vergl. Endemann a. a. O. 6. Aufl. S. 627.

[2]) Diese Analogie leitet sich aus § 767 C.P.O. her, der ein nachträgliches Ermässigungsrecht im Stadium der Zwangsvollstreckung nicht mehr zulässt (Vergl. dazu Staudinger a. a. O. S. 478).

[3]) Vergl. § 6 dieser Arbeit.

[4]) Vergl. § 8 dieser Arbeit.

Dieser Pflicht darf sich der Auftraggeber nicht entziehen, indem er unter Umgehung des Mäklers die Verhandlungen persönlich aufnimmt und den Vertrag zum Abschlusse führt. Ob diese Umgehung seitens des Kommittenten mala oder bona fide geschieht, ist u. E. für seine Pflicht zur Zahlung des Lohnes belanglos; lediglich massgebend ist, ob ein Causalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Vertragsschlusse besteht.[1])

Die in der gemeinrechtlichen[2]) Theorie und Praxis vielfach bestrittene Frage der arglistigen Umgehung beantworten die Motive[3]) in der Hauptsache in unserem Sinne. „Es wird in einem solchen Falle unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu prüfen sein, ob nicht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse dennoch trotz der Vertragsaufhebung besteht, bezw. mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Verpflichtung zur Zahlung der Mäklergebühr als im Sinne des Vertrages liegend anzusehen ist.“

Mit dem weiteren Satze: „Geeignetenfalls wird dem Mäkler auf Grund des § 704 Abs. 1 und des § 705 (1. Entwurf zum B.G.B., Schuldverhältnis aus unerlaubten Handlungen) ein Anspruch auf Schadenersatz nicht zu versagen sein,“[4]) können wir uns jedoch nicht einverstanden erklären. Denn es sind nur zwei Möglichkeiten vorhanden: entweder lässt sich ein Causalzusammenhang nachweisen oder nicht. Im ersten Falle besteht die volle Zahlungspflicht des Kommittenten, im letzten fällt j e d e Verpflichtung fort, da er stets ein freies Vertragswiderrufsrecht hat und die gut- oder bösgläubige Ausübung desselben zwecks persönlicher Fortsetzung und Beendigung der Verhandlungen unter dem Regulativ des Causalnexus keine ihn rechtlich verhaftende Handlung ist[5]).

---

[1]) Vergl. § 5 dieser Arbeit.

[2]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 540 ff.

[3]) Motive a. a. O. S. 513.

[4]) Auf dem Standpunkte der Motive stehen: Staudinger a. a. O. S. 476, Endemann a. a. O. S. 1112, Oertmann a. a. O. S. 381, Planck a. a. O. S. 397, Haidlen a. a. O. S. 730, Matthias a. a. O. S. 534.

[5]) Derselben Ansicht: Leske a. a. O. S. 270, Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 540 ff., 848 ff., Auerbach a. a. O. S. 48, Heine a. a. O. S. 37 ff.

Im übrigen ist der Kommittent naturgemäss verpflichtet, sich dem Mäkler gegenüber so zu verhalten, wie Treu und Glauben es vorschreiben, widrigenfalls er sich bei einem Verschulden haftbar macht.

VIII.

Der Mäklerlohn.

Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die Vermittelung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes . . . verpflichtet . . . (B.G.B. § 652 Abs. 1 Satz 1).

Damit hat das Gesetz ausdrücklich statuiert, dass der Promittent, also der Auftraggeber, den Lohn zu zahlen hat. Ebenso, wie der Mäkler dem Gegenkontrahenten im allgemeinen zu nichts verpflichtet ist, so kann der Gegenkontrahent ohne besondere Vertragsabrede vom Mäkler niemals für den Lohn haftbar gemacht werden, welchen der Auftraggeber nicht hat zahlen wollen oder können[1]).

Riesenfeld[2]), der dem Mäkler ein Rückgriffsrecht auf den Nichtpromittenten bezüglich des ausgefallenen Teiles der zugesagten Belohnung ev. der ganzen zubilligt, begründet seine Behauptung damit, dass — obgleich nicht im streng formellen Sinne — eine ungerechtfertigte Bereicherung des Nichtpromittenten zweifellos vorliege, wenn er aus der Tätigkeit des auch in seinem Interesse erfolgreich gewesenen Mäklers Vorteil zöge, dieser aber, weil er auch im Rechtswege von dem Promittenten die versprochene Belohnung nicht zu erlangen vermocht habe, seines Provisionsanspruches ganz verlustig gehe.

Es ist eine Konsequenz seiner Ansicht[3]), dass der Mäkler ipso jure zu beiden Kontrahenten in ein Vertragsverhältnis tritt; diese Ansicht ist uns von oben widerlegt worden.

---

[1]) Auf unserem Standpunkte stehen Oertmann a. a. O. S. 381, Planck a. a. O. S. 394.

[2]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 547 ff.

[3]) S. §§ 4 und 6 vorliegender Arbeit.

Ist der Mäkler freilich mit beiden Kontrahenten ein Vertragsverhältnis eingegangen, so dass beide die Rolle des Promittenten haben, dann hat er von jedem Lohn zu beanspruchen; aber auch hier kann er nicht den einen Kommittenten für die Nichtleistung des anderen mangels einer entsprechenden Vertragsabrede haftbar machen.

Die für den Handlsmäkler getroffene Bestimmung, dass derselbe von beiden Kontrahenten die Hälfte der Provision zu fordern hat[1]), darf keineswegs auf den Mäklervertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches ohne weiteres angewendet werden.

Gegenüber Endemann[2]), der meint, § 99 H.G.B. könne unbedenklich eine solche Anwendung erfahren, halten wir einen Zweifel darüber für ausgeschlossen, dass diese spezielle handelsrechtliche Norm eine derartige Verallgemeinerung nicht zulässt[3]). Aus der Konstruktion des Mäklervertrages im B.G.B. folgt, dass der Mäkler im Falle eines Vertragsverhältnisses zu beiden Kontrahenten mit jedem derselben durch selbständige Vertragsbeziehungen verknüpft ist, welche selbständige Rechte und Pflichten begründen; daher hat der Mäkler gegen jeden der beiden Kontrahenten den selbständigen Anspruch auf Lohn, d. h. vollen Lohn.

Mit Rücksicht auf die oft vorkommenden Fälle, in denen eine ausdrückliche Lohnvereinbarung nicht getroffen wird, hat das Gesetz im § 653 Abs. 1 B.G.B. bestimmt: „Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.“

Abweichend von der jetzigen, durch die Reichstagskommission gegebenen Fassung, lautet der § 588, Entw. II folgendermassen: „Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend versprochen, wenn die Dienstleistung

[1]) § 99 H.G.B. bestimmt: Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

[2]) S. Endemann a. a. O. 1114.

[3]) Umgekehrt sind vielmehr die Bestimmungen des B.G.B. subsidiär und ergänzend auf die Rechtsverhältnisse des Handelsverkehrs anzuwenden.

nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war."[1])

Die Ansicht der Minderheit der zweiten Kommission, dass für Einschaltung des § 588 Abs. 1 nicht nur kein Bedürfnis bestehe, da überall, wo das Gesetz vom Versprechen handele, sowohl das ausdrückliche wie das stillschweigende Versprechen gemeint sei, § 587 Abs. 1 (§ 652 Abs. 1 B.G.B.) demgemäss schon enthalte, was § 588 überflüssigerweise bringe und die Charakterisierung der Leistungen des Mäklers als Dienstleistungen die Eigenart des Rechtsgebildes verwische, sondern sogar gefährlich wirke, indem er zu missbräuchlichen Ansprüchen auf Mäklerlohn Anlass geben könnte, hat den Erwägungen der Majorität unterliegen müssen.

Abgesehen von dem naheliegenden Missverständnisse, dass das Versprechen im Sinne des § 588 eine andere Bedeutung habe, als bei dem Dienst- und Werkvertrage, und dass der Mäkler einen Lohn nur fordern könne, wenn ihm ein bestimmter Betrag versprochen worden sei, spräche für die Aufnahme des Absatzes 1 auch die Ueberlegung, dass damit nicht nur der allerdings selbstverständliche Satz: ein Mäklerlohn könne auch stillschweigend versprochen werden, sondern daneben der Grundsatz ausgesprochen werde: derjenige, welcher die Dienste eines Mäklers in Anspruch nähme, sei zur Zahlung des Lohnes auch im Falle der irrigen Annahme, es werde ein Lohn von ihm nicht gefordert werden, verpflichtet.

Die Redaktionskommission hat dann an die Stelle von „Dienstleistung" „übertragene Leistung" gesetzt und damit nicht nur die Befürchtung einer gefährlichen Wirkung, sondern auch einer Verwischung der Eigenart des Mäklervertrages beseitigt.

Hinsichtlich der Bedeutung des Wortes „übertragene" haben wir schon im Rahmen des § 5 festgestellt, dass nicht unbedingt ein positiver äusserer Akt vorausgesetzt wird, der animus obligandi des Kommittenten vielmehr — mag auch die Initiative vom Mäkler ausgehen — dabei bestimmend ist.

---

[1]) Vergl. die Ausführungen der Protokolle a. a. O. S. 345 ff. (2275—2296).

Durch die Worte „den Umständen nach" legt das Gesetz unter Ausschluss der Berücksichtigung irriger Parteiannahmen — des falschen Glaubens des Kommittenten, dass der Mäkler auf Vergütung verzichtet habe, oder dass er im Auftrage der Gegenpartei komme[1]) — das Schwergewicht auf den Umstand, welcher stets im konkreten Falle einer vernunftgemässen Prüfung unterzogen werden muss, ob die Tätigkeit des Mäklers vom rein objektiven Gesichtspunkte aus nur gegen eine Vergütung hat erwartet werden können.

Und diese Untersuchung wird vor allem da zur Bejahung der Frage führen, wo der Mäkler seine Tätigkeit gewerbsmässig betreibt. Denn ebenso wie der Kaufmann seine Waren nicht umsonst weggiebt, wird der Berufsmäkler seinen Intellekt, seine Erfahrungen und Beziehungen und seine Tätigkeit nicht unentgeltlich in die Dienste des Kommittenten stellen.

In jedem Falle aber trifft den Kommittenten die Beweislast, der behauptet, dass die Entgeltlichkeit nicht in den Intentionen der Parteien gelegen habe.

Im Absatz 2 dieses Paragraphen sagt das Gesetz weiter: „ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmässige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen."

Damit ist zunächst implicite ausgedrückt, dass für die Höhe des Mäklerlohnes in erster Reihe die Parteifestsetzung massgebend ist. Hierbei wird die Lohnsumme häufig fixiert sein, insbesondere bei Gesinde- und Stellenvermittelungen, wo der Wert des Objektes des Vermittelungsgeschäfts sich zahlenmässig schwer feststellen lässt, während das Lohnversprechen in monatlichen oder vierteljährlichen Gehaltsquoten eine Ausnahme bildet. Ebenso ist der Ausdruck des Provisionsbetrages in Prozenten des gehandelten Objekts unter alleiniger Berücksichtigung des w a h r e n Preises üblich[2]) und findet hauptsächlich bei Kauf- und Darlehnsgeschäften statt. Die zahlreichsten Modifizierungen erfährt die Lohnfestsetzung bei der Vermittelung von Grundstückskäufen und Verkäufen. Neben der fixierten und prozentuellen Lohnsumme wird hier u. a. verein-

[1]) Anderer Ansicht Neumann a. a. O. S. 298.

[2]) Vergl. Staub a. a. O. S. 326.

bart, dass der Mäkler den über eine bestimmte Kaufsumme hinaus erlangten Betrag als Lohn für sich behalten, oder dass er einen fixierten Prozentsatz bis zu einer bestimmten Kaufsumme und von dem überschiessenden Betrage höhere Prozente als Lohn sein eigen nennen solle.

Die erste Lesung[1]) (I.E. B.G.B.) hat bei fehlender vertraglicher Lohnhöhe alsbald das billige Ermessen des Mäklers entscheidend eingreifen lassen wollen. Die zweite Kommission hat diesen Mangel beseitigt, indem sie die Vorschrift in Absatz 2 supplendi causa eingestellt hat, um dadurch den Kommittenten der Willkür des Mäklers zu entreissen.

Mäklerlohntaxen sind vielfach aufgestellt worden und haben teilweise heute noch Giltigkeit. Am bekanntesten ist das Patent Kaiser Leopolds I. für Schlesien vom 26. November 1704: de mercede proxenetica[2]), welches dem Civilmäkler nur ein Prozent als proxeneticum zu nehmen gestattet.

---

[1]) S. Protokolle a. a. O. S. 345 ff. (2275—2296).

[2]) Seiner interessanten Fassung wegen soll das Patent hier, so weit der Inhalt von Be'ang ist, wiedergegeben werden: Wir wollen nun Eure Liebden und Euch gnädigst nicht verhalten, wasgestalten wir glaubwürdig vernommen, samt allerhand unterhandlere Christen und Juden befindlich sein sollten, die da creditores zur Aufkündigung ihrer Kapitalien anzusetzen pflegen, und bei denen debitores, welche sodann zur Abstattung derlei aufgekündigter Schulden sich um andere Mittel bewerben müssen, ihre theils eigene Baarschaft, die sie vor fremde zu simulieren pflegten, teils auch fremde durch die Unterhändler locirende Gelder anzubringen, wovon ihnen sehr überflüssige, das ordinari Interesse zu 6% öfters etlichemal übersteigende discretionis gegeben werden müssen, welche der debitor, wenn er anders nicht durch exekution zu Grunde gehen, sondern ihm selbst helfen will, bezahlen muss, andere Schuldner aber, die da die Mittel, ein so grosses palmarium zu bezahlen, nicht haben, und mit dem Gelde zur Befriedigung ihrer creditorum wegen sothaner excessiven Eigennutzigkeit nicht aufkommen können, entweder um moratoria einzukommen oder sich exequiren und ruiniren zu lassen benötigt werden, bei welcher Gelegenheit dann derlei Leute einen übermässig ungewissenhaften Gewinn hätten, da sie neben der grossen discretion zugleich auch noch das ordinari Interesse geniessten“. . .

Sodann heisst es weiter: Wenn wir nun dieses eine höchst Landes verderbliche Sache zu sein Gnädigst befinden, dass die Unterhändler und Geldeszubringer ein so übermässig für ihre sensane nehmen, mithin, was sie wider die ergangenen Wucherpatenten durch verbotene Zuschläge, Kauf- und Verkaufe- oder andere discretiones directe nicht können, durch participatio ihres

Im Gebiete des ehemaligen Kurhessens setzt die Verordnung vom 20. August 1800 in § 6 als höchsten zulässigen Lohn für Mäklergeschäfte aller Art zwei Prozent fest.

In Baden hat nach der Verordnung vom 28. Februar 1890 der Rechtsagent oder Auktionator einen Tarif der für die einzelnen Geschäftsleistungen zu erhebenden Gebühren in deutlicher und erschöpfender Weise aufzustellen.

Ebenso besitzt Hamburg eine Mäklergebührentaxe vom 28. Dezember 1874, deren Sätze durch Parteivereinbarung äusserst selten verlassen werden.[1])

Die Taxaufstellungen dienen jetzt, indem sie Maximal- und Minimal-Mäklergebühren fixieren, dem Zweck, die Rechtslage mangels einer Parteivereinbarung zu vereinfachen und Klarheit zwischen dem Kommittenten und dem Vermittler zu schaffen, während vor 1900 die Taxen Grenzen errichtet haben, deren vertragliches Ueberschreiten unter Umständen für den Mäkler eine Geldstrafe oder die Verwandlung seiner Obligation in eine Naturalobligation zur Folge gehabt hat.

Fehlt es an Vereinbarung und an Taxen, so ist der übliche Lohn zu zahlen. Für die Ueblichkeit kommt einerseits die Art des Objekts, andrerseits der Ort des Geschäftsabschlusses in Betracht. Meist haben sich in dieser Beziehung feste Grundsätze ausgebildet.

Bei Grundstücksverkäufen ist in Nord- und Süddeutschland der übliche Lohn 1 % der Kaufsumme. Für Berlin hat sich nach Gutachten „der Aeltesten der Kaufmannschaft“ die besondere Uebung entwickelt, dass bei Vermittelung von Grundstücksverkäufen 1 % und bei Grundstücken von sehr hohem Wert ½ % der Kaufsumme dem Mäkler zu gewähren ist.

übermässigen mercedis proxenetae denen mutuantibus mit höchstem Nachteile des notleidenden Schuldners indirekte zuschieben, und unsere heilsamen Gesetze illudiren: Allermassen nun derlei fraudibus in alle Wege vorzubiegen; als statuieren und verordnen Wir Gnädigst hiermit, dass hinfüro bedeuten Zubringern, es wäre derselben bei einem Handel nur einer oder mehr, pro mercede proxenetica ein mehreres nicht, als Ein pro cento zu nehmen gestattet sein solle: Wobei Wir jedoch den Wechsel- und Handelsbrauch, bei welchem es vor, wie nach, zur Erhaltung des trafics zu lassen, ausgenommen haben wollen“. . . Daran ist noch eine Strafbestimmung geknüpft.

[1]) S. die Angaben Burchards a. a. O. S. 271—272.

Versagen alle Anhaltsmomente für die Höhe des zu zahlenden Lohnes, so muss die Bestimmung nach § 316 B. G. B. dem „billigen Ermessen“ des Mäklers anheim gegeben werden, das freilich dem Kommittenten meist ein „teueres Ermessen“ dünken wird. Die letzte Entscheidung hat daher das Gericht unter Zugrundelegung gesammelter Erfahrungen und genauer Berücksichtigung aller Bestimmungsfaktoren zu treffen. Nach dem richterlichen Recht der freien Beweiswürdigung (§§ 286/287 C. P. O.) werden Beweiserhebungen über den Wert des Vermittelungsobjekts auf Grund sachverständigen Gutachtens und über den Mühe-, Zeit- und Kostenaufwand des Mäklers für das fragliche Geschäft am Platze sein. Der Gesichtspunkt, dass der Mäklerlohn nicht Stück-, sondern Zeitlohn ist, wird den Richter hierbei davor bewahren, die scheinbar geringen Dienste des Mäklers zu niedrig anzuschlagen und das Honorar zu billig zu bemessen.

Von einer Anwendung des § 653 Satz 2 B. G. B., d. h. von einer Herabsetzung des vereinbarten Lohnes, wenn derselbe bereits gezahlt ist, kann natürlich keine Rede sein.[1]) Hingegen greift, wenn der bedungene Lohn, so hoch ist, dass er sich als Ausbeutung der Unerfahrenheit, Notlage oder des Leichtsinns herausstellt, der § 188 ein.

Erfüllungsort für die fällige Lohnforderung des Mäklers ist, falls keine Parteiabreden getroffen sind, nach § 269 B. G. B. der Ort, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz gehabt hat oder bei im Gewerbebetriebe des Schuldners entstandenen Verbindlichkeiten der Ort seiner gewerblichen Niederlassung. Ausgeschlossen ist eine Präsumption, derzufolge die Tätigkeitsstätte des Mäklers oder der Abschluss- oder Erfüllungsplatz des von ihm vermittelten Vertrages gleichzeitig der Erfüllungsort ist.[2])

Die Verjährungsfristen für die Lohnansprüche[3]) des Mäklers sind je nach der Art der Ausübung seiner Tätigkeit verschieden. Dem Gelegenheitsmäkler gegen-

[1]) Anderer Ansicht Jakusiel a. a. O. S. 42.

[2]) S. R.G.E Bolze a. a. O. 18, Nr. 303.

[3]) Vereinbarter Auslagenersatz unterliegt naturgemäss denselben Verjährungsvorschriften wie der Lohnanspruch selbst.

über ist der Zahlungspflichtige gemäss § 195 B. G. B. berechtigt die Leistung nach 30 Jahren zu verweigern, dem gewerbsmässigen Mäkler gegenüber nach 2 Jahren auf Grund des § 196 B. G. B., derjenige Mäkler, welcher Kaufmann ist, hat seinen Lohnanspruch, sobald seine Tätigkeit für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt ist, in 4 Jahren, andernfalls in 2 Jahren (§ 196 B.G.B.) verloren, so dass bei Lohnansprüchen gegen beide Parteien die Verjährungszeit unter Umständen eine verschiedene sein kann[1]).

Für die vertraglichen Ansprüche gegen den Mäkler findet die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren Anwendung.

Für ausserkontraktliche Verpflichtungen kommt § 852 B.G.B. mit der dreijährigen Verjährungsfrist a die scientiae bezüglich der Frist von 30 Jahren zur Anwendung.

---

[1]) Die Verjährungsfristen von 2 und 4 Jahren nehmen ihren Anfang mit dem Ende des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist.

IX.

Beendigung des Mäklervertrages.

Das Gesetz hat keine besonderen Normen für die Beendigung des Mäklervertrages aufgestellt. Da jede Herbeiziehung der für die ähnlichen Verträge geltenden Vorschriften von unserem Standpunkte aus prinzipiell ausgeschlossen ist[1]), müssen wir uns zur Feststellung der Beendigungsgründe für den Mäklervertrag mangels etwaiger Vertragsbestimmungen auf allgemeine Rechtsgrundsätze beziehen[2]).

Die Gründe liegen entweder in der Person eines der Kontrahenten, des Kommittenten oder Mäklers, oder in der Sachlage.

Unter die persönlichsten Endigungsgründe fallen: Kündigung, Konkurs, Tod und Eintritt der Geschäftsunfähigkeit.

Dass der Mäklervertrag jederzeit durch Kündigung des Mäklers und des Kommittenten aufgehoben werden kann, haben wir in den §§ 6 und 7 bereits erörtert.

Wenn auch nach B.G.B. nur derjenige Vertragsteil, dessen Verbindlichkeiten einklagbar sind, ein Kündigungsrecht hat, bleibt es doch praktisch ganz gleichgiltig, ob wir die Befugnis des Mäklers, das Vertragsverhältnis zu lösen, Widerrufs-, Rücktritts- oder Kündigungsrecht nennen, da ihre Wirkung die gleiche ist.

Die Konkurseröffnung wird den Mäklervertrag nur dann beendigen, wenn der Auftraggeber in Konkurs gerät und das dem Vertrage zugrunde liegende Objekt

---

[1]) Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 283–284, Staub a. a. O. S. 333, Oertmann a. a. O. S. 378 und Staudinger a. a. O. S. 473, wollen teilweise Bestimmungen des Dienst- und Werkvertrages heranziehen.

[2]) Auch reichsrechtliche Spezialgesetze wie z. B. das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 (§§ 29 ff.), die R.G.O. (§ 35) und Landesrechtliche Vorschriften wie z. B. bezüglich der Gesindemäkler gemäss E.G.B.G.B. Art. 95 könnten möglicherweise in Betracht mogmen. (Vergl. Staudinger a. a. O. S. 473).

zur Konkursmasse gehört; denn nach § 6 K.O. verliert der Kommittent bei Konkurseröffnung jedes Verfügungsrecht über sein Vermögen, also auch über diesen Gegenstand. Wird demnach die Vermögensmasse des in Konkurs geratenen Kommittenten durch den Vertrag unberührt gelassen und nur seine Person in Mitleidenschaft gezogen, indem es sich beispielsweise um die Vermittelung eines Dienstvertrages oder einer Heirat handelt, so übt die augenblickliche Vermögenslage des Kommittenten, die ihn in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt, keinen Einfluss auf seine Rechtsbeziehungen zu dem Mäkler aus.

Der Konkurs des Mäklers beendigt den Vertrag nicht, da der Mäkler nicht ein Kapital, sondern seine Arbeitskraft einsetzt[1]).

Weil es nun gerade auf die persönlichen Eigenschaften des Mäklers ankommt, kann naturgemäss auch § 17 K.O. nicht zur Anwendung kommen und von einem Eintrittsrechte des Konkursverwalters an Stelle des gemeinschuldnerischen Mäklers nicht die Rede sein. Der Mäklerlohn fällt nur dann in die Konkursmasse, wenn der rechtswirksame Vertragsabschluss bereits bei Eröffnung des Verfahrens erfolgt und der Lohnanspruch damit entstanden ist (§ 1 Abs. 1 K.O.). Kommt der Vertragsabschluss erst später zustande, oder tritt eine dem Hauptvertrage zugefügte Suspensivbedingung erst später ein, so fällt der Lohn nicht in die Konkursmasse, da derselbe zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens kein dem Mäkler gehörendes Vermögen gewesen ist.

In Bezug auf die Beendigung des Rechtsverhältnisses durch Tod kommt zunächst der des Kommittenten in Betracht. Rein persönliche Vertragsbeziehungen[2]), welche der Kommittent mit Hilfe des Mäklers eingehen will, erledigen sich naturgemäss durch seinen Tod. Dass aber der Tod des Kommittenten, auch dann, wenn es sich um Verhältnisse anderer Art handelt,

---

[1]) Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 579 weist darauf hin, dass die Mehrzahl der Civilmäkler zahlungsunfähig, in Konkurs befindlich oder in Konkurs gewesen sind.

[2]) Darunter sind zu verstehen Annahme von Diensten, Heirat usw.

auf die Rechtsbeziehungen vernichtend wirken solle, ist u. E. durchaus zurückzuweisen[1]).

Die von der gegnerischen Seite angeführten Gründe, dass der Wille des Kommittenten, das zu vermittelnde Rechtsgeschäft abzuschliessen, für die Erben nicht entscheidend und ein Causalzusammenhang zwischen der Mäklertätigkeit und dem etwaigen Geschäftsabschlusse der Erben nicht vorhanden sein könne, können wir nicht als stichhaltig ansehen. Denn es ist nicht ersichtlich, warum bei dem Mäklervertrage nicht genau so, wie bei allen anderen Verträgen, die Rechte und Pflichten des verstorbenen Kontrahenten auf die Erben übergehen sollen, zumal da es ebenso, wie es in der Macht des Kommittenten gestanden hat, jetzt in ihrer Macht steht, das vom Mäkler abschlussreif vorbereitete Geschäft einzugehen oder nicht. Gebrauchen die Erben nunmehr wissentlich die Vorarbeiten des Mäklers für ihre Zwecke, indem sie das fragliche Geschäft abschliessen, so dürfte sich auch fast regelmässig der erforderliche Causalzusammenhang zwischen der Vermittlertätigkeit und dem Geschäftsabschlusse dartun lassen[2]).

Der Tod des Mäklers hingegen wird meistens die Mäklervertragsbeziehungen endgiltig lösen, muss sie aber nicht unbedingt aufheben, wie einige Schriftsteller[3]) annehmen.

Die eigenste Persönlichkeit des Mäklers[4]) ist natürlich von grösserer Bedeutung als die des Kommittenten, da es dem Kommittenten in den meisten Fällen gerade auf die besonderen persönlichen Eigenschaften des Mäklers ankommt. Bei grossen Mäkler-Instituten jedoch,

---

[1]) Entgegengesetzter Ansicht: Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 380, Neubauer a. a. O. S. 30, Rocholl a. a. O. S. 96.

[2]) Vergl. hierzu R.G.E. (Entsch. d. R.G. Bd. 44, S. 525, Bd. 47, S. 253 ff.); Planck a. a. O. S. 394, Staudinger a. a. O. S. 473, v. K.-Fachsenfeld a. a. O. S. 41, Cosack Lehrb. d. Bürgerl. Rechts S. 555 und Crome System d. Bürgerl. Rechts S. 713.

[3]) Vergl. Planck a. a. O. S. 394 und Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 578.

[4]) Die Ausübung der Befugnis des Mäklers, Gehilfen zu beschäftigen, ist schliesslich, falls in zweck- oder unzweckmässiger Weise davon Gebrauch gemacht wird, ein Ausfluss seiner eigenen persönlichen Befähigung, die hier alle ihre Kräfte spannen wird, da der Mäkler nach § 278 B.G.B. für das Verschulden seiner Gehilfen wie für eigenes haftet.

wo der gute Ruf einer altbewährten Firma die Individualität des Inhabers stark zurückdrängt, wird der Vertrag durch den Tod des Mäklers vielfach nicht beendet, es müsste denn sein, dass, was hier äusserst selten vorkommen wird, der Vertrag nur mit Rücksicht auf die persönlichen Fähigkeiten des Verstorbenen geschlossen worden ist[1]).

Dieselben Erwägungen müssen bei dem Tode desjenigen Mäklers Platz greifen, der zu anderen Mäklern in einem Sozietätsverhältnisse gestanden hat. Denn der mit einem Gesellschafter im Namen der Gesellschaft geschlossene Vertrag verpflichtet und berechtigt in der Regel die ganze Gesellschaft.

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Kommittenten oder Mäklers hat die gleiche Folge wie der Tod.

Die zweite Kategorie der Beendigungsgründe umfasst: die Erfüllung des Mäklervertrages, die Unmöglichkeit der Leistung, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

Dass bei der Erfüllung des Mäklervertrages, wo der Mäkler den ihm erteilten Auftrag vertragsmässig ausgeführt und die dafür versprochene Belohnung von dem Kommittenten erhalten hat, der Vertrag seine endgiltige Erledigung findet, ist selbstverständlich und unbestritten.

Durch eintretende Unmöglichkeit der Leistung, z. B. infolge Untergangs des betreffenden Objekts, erlischt der Mäklervertrag. Man wird den Kommittenten für verpflichtet halten müssen, den Mäkler vom Eintritt der Unmöglichkeit zu benachrichtigen, damit dieser sich nicht umsonst abmüht und Kosten aufwendet. Die Vernachlässigung dieser Pflicht des Kommittenten hindert zwar die Beendigung des Mäklervertrages nicht, aber als ein Verstoss gegen Treu und Glauben begründet[2]) sie seine Haftung[3]).

---

[1]) Aehnlicher Ansicht: Oertmann a. a. O. S. 378, Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 285, Auerbach a. a. O. S. 82.

[2]) Vergl. § 7 vorliegender Arbeit.

[3]) Auf gleichem Standpunkte stehen: Rocholl a. a. O. S. 100, Neubauer a. a. O. S. 30, Auerbach a. a. O. S. 79; entgegengesetzter Ansicht, zu der ihn seine eigenartige Auffassung von dem juristischen Charakter des Rechtsgebildes zwingt, ist Heine a. a. O. S. 47–48

Wie bei anfänglicher Nichtigkeit des dem Vertrage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes der Mäklervertrag ab initio nichtig ist, so wird er infolge erfolgreicher Anfechtung des Rechtsgeschäftes nachträglich aufgehoben, mit Wirkung ex tunc. Denn einem Mäklervertrage, der kein Rechtsgeschäft zum Gegenstand hat, fehlt seine wesentliche Existenzbedingung [1]).

---

[1]) Vergl. § 4 dieser Arbeit.

X.

Der Ehemäklervertrag.

Der Ehemäklervertrag hat im Laufe der Zeit eine verschiedene Beurteilung erfahren. In den älteren Kulturepochen ist die Vermittelung von Eheschliessungen kaum eine gewerbsmässige gewesen und hat bei der internen Natur der Familienverhältnisse wohl meistens nur Verwandten und guten Freunden Gelegenheit zur Betätigung gegeben, aber dies hat sich sehr bald geändert.

Schon die Römer kannten die gewerbsmässige Vermittelung von Eheschliessungen und duldeten diese als erlaubt. Zwar traf der Makel, der allgemein an dem Stande der Mäkler haftete, auch den Ehemäkler, aber wesentlich verschärfte Gesetzesbestimmungen wurden gegen ihn nicht angewandt[1]).

Das kanonische Recht verbot entgegen der römischrechtlichen Auffassung die Annahme einer Heiratsmäklergebühr und bestrafte den zuwiderhandelnden Mäkler mit der Strafe der Simonie, und zwar den schuldigen Kleriker mit Entsetzung, den Laien mit dem Bann, beide mit Infamie[2]). Dieser Standpunkt der katholischen Kirche ergab sich ohne weiteres aus der Auffassung derselben bezüglich der Ehe als sakramentum.

Da die lutherische Kirche das Sakrament der Ehe nicht aufrecht erhielt, wurde nach protestantischem Kirchenrechte auch die Klagbarkeit des Ehemäklerlohnes angenommen.

Das gemeine Recht des Mittelalters erkannte ebenfalls die Klagbarkeit der Ehemäklerverträge an und versagte die Klage nur dann, falls sich diese im konkreten Falle als unsittlich herausstellten oder ein doloses Verhalten des Mäklers unterlief.

---

[1]) Vergl. § 2 dieser Arbeit.
[2]) Vergl. Schindler a. a. O. S. 18.

Seit dem 19. Jahrhundert ist die Heiratsvermittelung ein notwendiges Kulturübel geworden, so dass man sich ihrer rechtlichen Normierung nicht entziehen konnte. Die Landesgesetzgebung und die gemeinrechtliche Doktrin der Neuzeit haben im allgemeinen die Ehemäklerverträge als zulässig anerkannt und mit Klagbarkeit ausgestattet[1]). Als vereinzelte Ausnahmen kommen nur das Sächsische B.G.B., welches im § 1259 das Versprechen einer Ehemäklergebühr absolut für nichtig erklärt und die gleiche Bestimmungen treffenden Kur-Hessischen Verordnungen vom 27. März und 29. Mai 1804 in Betracht.

Die Entwickelung, welche der Ehemäklervertrag bei der Schaffung des B.G.B. genommen hat, ist eine merkwürdige gewesen.

Noch die Motive[2]) erklären, dass weder eine Betimmung, welche den Vertrag für schlechthin nichtig erklärt, als angemessen, noch ein Vorbehalt für die Landesgesetze als gerechtfertigt erachtet werden könne. Sich dem Sächsischen Gesetzbuch anzuschliessen, sei um so weniger angezeigt, als die Deutsche Gewerbe-Ordnung die gewerbsmässige Vermittelung von Heiraten an und für sich nicht als etwas Unerlaubtes, gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung Verstossendes betrachte (§ 35 Abs. 3 G.O.). Ob ein Vertrag der fraglichen Art im gegebenen Falle gemäss § 106 (E. I) als nichtig anzusehen sei, wäre quaestio facti.

Weitere Erörterungen über diese Frage sind in den darauf folgenden Vorabeiten für das B.G.B. nicht zu finden. Erst in der Reichstagskommission ist die Frage wieder zum Gegenstand eingehender Erwägungen gemacht worden, welche als Ergebnis den jetzigen § 656 B.G.B. gezeitigt haben. Die dort gepflogenen Erörterungen sind nicht ohne Widerspruch geblieben; insbesondere haben die Regierungs-Vertreter die Erklärung abgegeben, dass zwar in einzelnen Fällen der Ehevermittelungslohn unsittlich sein könne, dass dann aber der Mäklervertrag auch schon nach den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. nichtig sei und eine besondere Bestimmung sich somit erübrige. Dagegen könne jener Gesichtspunkt nicht für alle Fälle aus-

---

1) So: Das A.L.R., das franz. Recht u. a.
2) Motive a. a. O. S. 511.

schlaggebend sein, weil die Ueblichkeit solcher Leistungen namentlich in bäuerlichen Kreisen, aber auch in anderen Kreisen der Bevölkerung dagegen spreche.

Die Majorität der Kommission hat sich diesen Ausführungen nicht angeschlossen, wohl vorzüglich beeinflusst — Kohler[1]) meint auf Grund seiner Deduktionen —.

Nach Kohlers Darlegung widerspricht der Ehemäklervertrag, oder, wie er ihn nennt, der Ehemakelvertrag[2]), dem Wesen und der Würde der Ehe und damit den Postulaten der Rechtsordnung. Er ruft aus: „Und die Ehe, dieses Institut, das unsere Rechtsordnung mit aller Scheu umgibt, das sie als lebenslänglich der Kündiguug und Lösung entzieht, dieses Institut, das unsere Lebensübung mit religiöser Sanktion verbindet, das man auf himmlische Einflüsse zurückführt, sollte Gegenstand eines solchen phychologischen Handelns, eines Schacherns und Feilschens sein dürfen — nicht zwar von Seiten der Heiratenden selbst, aber von Seiten Dritter, welche die phychologischen Hebel ansetzen und erlaubte wie unerlaubte Mittel anwenden dürften, um die Ehe zustande zu bringen?“[3])

Als zweiten Grund für die Gesetzesbestimmung führt Kohler die Gefahr der von dem Mäkler angewandten Suggestion zur Herbeiführung der Ehe an; er sieht Suggestionsverträge als einen grossen Schaden des Rechtswesens an und hält sie nicht nur für unwürdig, sondern auch gefährlich und daher für nichtig[4]).

Trotz der Verschiedenheit der Moralvorstellungen in den verschiedenen Klassen der Gesellschaft muss seines Erachtens der Ehemäklervertrag in jedem Falle als unmoralisch angesehen werden. „Nicht die Moral des Alltags, (nicht die des Biedermanns) sondern die geläuterte Moral des in unserem jetzigen Leben im Kampfe des wirtschaftlichen Daseins nach Bedeutung ringenden Menschen komme in Betracht.“

---

[1]) S. Kohler a. a. O. S. 318.

[2]) Mit dem so geformten Worte will Kohler zum Ausdruck bringen, dass dieser Makelei zugleich ein Makel anhafte und sieht in ihm eine sprachliche Finesse und einen Zug sprachlichen Humors, den er sich nicht entgehen lassen möchte (Kohler a. a. O. S. 317 Anm. 2).

[3]) S. Kohler a. a. O. S. 322.

[4]) S. Kohler a. a. O. S. 323.

Dass Kohlers Standpunkt von den höchsten sittlichen Ideen getragen wird, kann nicht verkannt werden. Aber bei dieser Rechtsfrage muss mit den gegebenen Verhältnissen nicht mit dem, was erstrebenswert ist, gerechnet werden. Wir können nicht den grössten Teil der Menschheit auf die moralische Höhe Kohlers und verhältnismässig weniger Seelengenossen stellen, sondern müssen als massgebend festhalten, dass der Begriff der Sittlichkeit kein absoluter ist. Die Frage, was sittlich ist, wird zu verschiedenen Zeiten und von den verschiedenen Schichten der Bevölkerung verschieden beantwortet.

Das Recht wird, wenn es auch nicht ausschliesslich Diener der Sittlichkeit ist, immer soweit wie möglich den Anforderungen der Moral gerecht werden müssen. Man wird aber nicht verlangen können, dass es sich auf den Standpunkt höchsten moralischen Empfindens einzelner Weniger stellt, und damit vielleicht in Gegensatz zu dem gesunden Empfinden weiterer Volkskreise tritt. Es wird sich begnügen müssen, bei seinen Bestimmungen von einem moralischen Durchschnitt auszugehen [1]).

Die von Kohler angeführte Suggestionsgefahr, welche den Nupturienten von Seiten des Mäklers droht, scheint uns nicht gross. Diejenigen, welche sich mit einem Ehemäkler einlassen und sogen. Vernunft- oder Konvenienzehen eingehen, werden wenig empfänglich Medien sein, da sie sich nicht von leidenschaftlichen Gefühlen, sondern von kalter Berechnung leiten lassen. Einzelne Ausnahmefälle berechtigen nicht zu einer Verallgemeinerung.

Wir kommen somit zu dem Schlusse, dass der Ehemäklervertrag vom rechtlichen Gesichtspunkte aus nicht absolut unsittlich ist, wenn er auch das feine Sittlichkeitsgefühl stets verletzen mag.

Die in den Vorarbeiten für den in Rede stehenden Paragraphen insbesondere in der Reichstagskommission sich findenden Erwägungen haben auch auf die Auslegung der lex lata Einfluss ausgeübt.

Kohler[2]) – und ihm hat sich Meisner[3]) angeschlossen – legt den § 656 dahin aus, dass der Ehemäkler-

[1]) Vergl. auch Schindler a. a. O.
[2]) S. Kohler a. a. O. S. 96–97.
[3]) Meisner a. a. O. S. 204.

vertrag als ein gegen die guten Sitten verstossendes Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 B.G.B. nichtig sei. Beide fussen auf der von der Mehrheit der Reichstagskommission durchgesetzten Anschauung von der Unsitttlichkeit des Vertrages. Die Versagung des Rückforderungsrechtes in Abs. 1 Satz 2 in § 656 erklären sie aus dem § 817 B.G.B.: in pari turpitudine melior est causa possidentis.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Anschauung der beim Zustandekommen eines Gesetzes mitwirkenden Faktoren nach heutzutage wohl unbestrittener Ansicht nicht entscheidend ist für die Auslegung eines Gesetzes. Vielmehr ist lediglich das Gesetz selbst auf seine ratio hin zu untersuchen; hierin aber finden wir keinen Anhalt dafür, dass jeder Ehemäklervertrag als unsittlich und demnach nichtig anzusehen ist. Im Gegenteil schliesst sich § 656 B.G.B. seiner Fassung nach vollkommen der Vorschrift des § 762 B.G.B. über Spiel und Wette an und statuiert analog eine obligatio naturalis gleich der aus Spiel und Wette.

Zutreffend führt Oertmann[1]) aus, dass, falls das Gesetz den Ehemäklervertrag für nichtig hätte erklären wollen, das Rückforderungsrecht schon aus § 817 B.G.B. folgen würde und somit die besondere Bestimmung hierüber überflüssig und irreführend wäre. Der Wortlaut des § 656 B.G.B. verwerfe keineswegs eine condictio ob turpem causam, wohl aber die condictio indebiti, auf die er offenbar geradezu anspiele.

Planck[2]) nimmt zwar gleichfalls mit der herrschenden Meinung eine unvollkommene Verbindlichkeit an, misst aber der ganzen Streitfrage eine praktische Bedeutung nicht bei. Die Wissenschaft habe freie Hand, ob sie die Vorschriften des § 655 Satz 1 und 2 B.G.B. als eine Konsequenz der Vorschriften des § 138 Abs. 1 B.G.B. und des § 817 Satz 2 B.G.B., oder ob sie die Verbindlichkeit aus dem § 656 B.G.B. als eine unvollkommene gleich der aus Spiel und Wette ansehen wolle.

Dem gegenüber meinen wir, dass die eine Ansicht unbedingt die andere ausschliessen muss.

---

[1]) S. Oertmann a. a. O. S. 384.

[2]) S. Planck a. a. O. S. 400.

Der § 656 B.G.B., der jus cogens darstellt[1]), umfasst jede Art von entgeltlicher Heiratsvermittelung, sei es nur eine gelegentliche oder eine gewerbsmässige. Da nach ihm eine klagbare Verbindlichkeit überhaupt nicht begründet wird, muss der Ehemäkler mit seiner Klage auf Lohn, ohne dass es einer Einrede durch den Kommittenten bedarf, von Amtswegen zurückgewiesen werden. Hat aber der Kommittent gezahlt, so kann er nach Abs. 1 Satz 2 das Geleistete nicht deshalb zurückfordern, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, woraus folgt, dass andere Gründe, wie etwa Geschäftsunfähigkeit des Kommittenten, Betrug des Mäklers usw., sehr wohl einen Rückforderungsanspruch begründen können. Was als geleistet anzusehen ist, ist nach den allgemeinen Rechtsregeln zu entscheiden[2]). Der § 656 B.G.B. geht nach dieser Richtung hin mit der Bestimmung seines Absatzes 2 noch weiter. Hiernach ist eine Vereinbarung, durch die der Kommittent zum Zwecke der Erfüllung seines Lohnversprechens dem Mäkler gegenüber eine neue, und sei es auch abstrakte Verbindlichkeit, insbesondere ein Schuldanerkenntnis, eingeht, gleichfalls unverbindlich gemäss den Bestimmungen des Abs. 1. Ebenso wird eine Wechselverbindlichkeit von dieser Vorschrift betroffen. Der Kommittent ist berechtigt, den Wechsel auf Grund des § 812 B.G.B. zu kondizieren[3]). Ist aber die Verbindlichkeit aus dem Schuldanerkenntnis oder Wechsel erfüllt, so ist wieder die Rückforderung nach § 655, 1 S. 2 ausgeschlossen.

Der Gesetzgeber hat mit diesen Bestimmungen die Gerichte von den unerquicklichen Prozessen, welche die gewerbsmässige Vermittelung von Ehen zur Grundlage haben, befreien und damit auch indirekt die öffent-

---

[1]) „Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann deshalb nicht zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis."

[2]) Vergl. oben § 8.

[3]) So: die gesamte Literatur.

liche Erörterung unliebsamer Familienangelegenheiten vermeiden wollen.

Freilich ist dem Gesetzgeber diese Absicht nicht vollkommen gelungen. Naturgemäss sammelt der Ehemäkler seine Erfahrungen und sucht sich den nach seiner Meinung begreiflicherweise durchaus gerechtfertigten Lohnanspruch nach Möglichkeit zu sichern. Er lässt sich nun von dem Kommittenten einen Wechsel ausstellen, und giebt diesen sofort weiter; dem gutgläubigen Erwerber des Wechsels wird der Kommittent bei der Geltendmachung des Wechsels eine durchgreifende Einrede aus § 656 Abs. 2 B.G.B. nicht mehr entgegenstellen können. Diese Lücke hat das Gesetz nicht ausfüllen können.

Auch nach einer weiteren Richtung hin zeigt der § 656 B.G.B. eine Lücke. Er bestimmt nämlich nichts darüber, wie es sich verhalten soll, wenn dem Mäkler der Auslagenersatz von dem Kommittenten versprochen worden ist. Aus dem Sinne des Gesetzes ist aber zu folgern, dass durch dieses Versprechen eine Verbindlichkeit nicht begründet ist. Denn der Gesetzgeber will radikal verhindern, dass die Ehe in irgend einer Beziehung zum Gegenstande von Handelsgeschäften gemacht wird[1]).

Andererseits wird man wiederum den § 656 B.G.B. nicht so weit auslegen dürfen — wie Kohler[2]) es tut — dass man auch den Insertionskosten für Heiratsannoncen die Klagbarkeit versagt. Das Insertionsgeschäft hat mit dem Mäklervertrag nichts zu tun. Auch Oertmann[3]) hält diese Erweiterung bei der singulären Natur des § 656 B.G.B. für sehr bedenklich.

Ebenso fehlen die charakteristischen Momente des Ehemäklervertrages dann, wenn ein Mäkler gegen seinen Sozius auf Herausgabe eines entsprechenden Teiles des an ihn bereits gezahlten Mäklerlohnes klagt. Sein Anspruch

---

[1]) Anderer Meinung ist Scherer a. a. O. S. 901 902, und zwar aus dem rein äusserlichen Grunde, dass das Gesetz in § 652 B.G.B. ausdrücklich zwischen Lohn und Aufwendungen unterscheidet. U.E. ist die extensive Interpretation des § 656 B.G.B. die allein richtige.

[2]) S. Kohler a. a. O. S. 104.

[3]) S. Oertmann a. a. O. S. 384.

ist durchaus gerechtfertigt, weil jetzt eben ein anderes Rechtsgebilde vorliegt.

Ein eigenartiger Gegensatz zweier neben einander laufender Gesetze liegt schliesslich darin, dass das B.G.B. den Ehemäkler und seine civilrechtlichen Ansprüche in keiner Weise anerkennt, während die G.O. und das H.G.B. ihm rechtliche Vorschriften nach den verschiedensten Seiten hin machen; sie verlangen vor allem polizeiliche und unter Umständen auch handelsregistermässige Anmeldung.

XI.

De lege ferenda.

Der Mäklerlohn ist, wie oben dargestellt, Zeitlohn, nicht Stücklohn. Die vom Mäkler aufgewendete Mühe ist wohl in keinem Falle massgebend für die Höhe des Lohnes und zwar deswegen nicht, weil die einzelnen Dienstleistungen einer objektiven Schätzung nicht fähig sind, und auch eine grosse Reihe von Nebenpunkten bei der Bemessung der Höhe des Lohnes ins Gewicht fällt. Nun muss aber gerade die oft sehr erhebliche Höhe des versprochenen Lohnes bei den vorkommenden Mäklerprozessen den unerquicklichsten Eindruck hervorrufen.

Leichten Herzens verspricht der Kommittent eine feste Summe oder einen prozentualen Betrag, den er nachher nur schweren Herzens zahlt. Die ihn hierbei leitenden Beweggründe sind verständlich. Er sagt sich, — und der Mäkler wird selten unterlassen ihn in dieser Erwägung zu unterstützen — dass eigentlich ja nicht er die Mäklergebühr zahle, sondern sein Vertragsgegener, welchem er den entsprechenden Betrag einfach auf die Gegenleistung aufschlage. In Wirklichkeit aber gelingt dies keineswegs immer, so dass die Zahlung der Provision doch dem Kommittenten zur Last fällt.

Das B.G.B. hat bei mehreren Rechts-Instituten erschwerende Formen eingeführt, um dadurch die Parteien zu veranlassen, sich ihre Handlungen, durch welche sie Verpflichtungen eingehen, vorher genau zu überlegen. Eine solche erschwerte Form wäre u. E. auch für den Mäklervertrag durchaus angebracht. Wäre für ihn die Schriftlichkeit erfordert, so würde den Auswüchsen übermässiger Lohnversprechen in den meisten Fällen die Spitze abgebrochen, abgesehen davon, dass Unklarheiten des Vertrages, welche in der Regel den Anlass zu Prozessen geben, vermieden würden[1]). Dass solche Formvorschrift den praktischen Bedürfnissen

(1 A. M. Riesenfeld bei Gruchot 37 S. 841.

entspricht, wird am besten durch die jetzt auch schon bestehende Gewohnheit fast aller Klassen der Mäkler dargetan, sich schriftliche Reverse über ihren Mäklerlohn ausstellen zu lassen.

Es ist oben im § 3 festgestellt worden, wie viele Klassen von Mäklern durch die Bestimmungen des B.G.B. umfasst werden, und dass diese Bestimmungen in keiner Weise ihre Rechtsverhältnisse erschöpfend regeln. Die Lücken im Gesetze bezüglich einer der wichtigsten dieser Klassen, der Grundstücks- und Hypothekenmäkler, haben Anlass zur Erörterung der Frage gegeben, ob nicht eine besondere gesetzliche Regelung dieser Rechtsverhältnisse wünschenswert und erforderlich wäre. Burchard[1]) hat dem 24. deutschen Juristentage ein ausführliches Gutachten hierüber vorgelegt und sich in bejahendem Sinne ausgesprochen. Er zeigt auch in ausführlicher Darstellung unter Vorlegung eines entsprechenden Gesetzentwurfes, wie die misslichen Verhältnisse der Grundstücks- und Hypothekenmäkler durch eine besondere gesetzliche Regelung zu beseitigen sind.

Weiter gibt das im § 655 B.G.B. statuierte richterliche Ermässigungsrecht Anlass zu Bedenken. Es soll bezüglich der Dienstverträge die Uebervorteilung durch die Vereinbarung eines zu hohen Mäklerlohnes unterbunden werden, insbesondere um die wucherische Ausbeutung von Dienstsuchenden zu verhindern. Gegen derartige Auswüchse gewähren aber die Bestimmungen des B.G.B. § 138 und § 817, sowie die Vorschriften des Strafgesetzbuches hinreichenden Schutz.

Das richterliche Ermässigungsrecht bedeutet — worauf Riesenfeld[2]) mit Recht hinweist — einen Eingriff in die Vertragsfreiheit. Ein solches mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht wohl vereinbarliches Ermässigungsrecht würde nach seiner Ansicht dahin ausarten gleichsam obervormundschaftgerichtlich den beidersseitig gehegten und erklärten Vertragswillen zu korrigieren und dem Gläubiger einen Teil seines vertragsmässigen Rechts zu entziehen.

Falls sich nun dennoch Auswüchse zeigen, welche durch die Wucherbestimmungen nicht abgeschnitten

[1]) Burchard a. a. O. S. 296 ff.
[2]) S. Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 563.

werden, so ist diesen eben am besten durch Aufstellung des Erfordernisses der Schriftlichkeit zu begegnen. Demjenigen, der durch diese Form zur Ueberlegung veranlasst war, braucht das Gesetz, wenn er sich doch zu dem Versprechen einer hohen Provision entschliesst, nicht zu helfen.

Wir haben oben (§ 6) darauf hingewiesen, dass die Bestimmung des § 654, wonach der Anspruch auf Mäklerlohn „ausgeschlossen ist, wenn der Mäkler dem Inhalt des Vertrags zuwider, auch für den anderen Teil tätig gewesen ist" nicht, wie manche wollen, dahin interpretiert werden darf, dass es sich dabei lediglich um eine gegen den Lohnanspruch gewährte Einrede handele, dass vielmehr durch die Worte „ist ausgeschlossen" die Existenz des Anspruchs geleugnet wird. Zugegeben musste aber werden, dass diese Bestimmung nicht befriedigt. Es empfiehlt sich daher, statt des Ausschlusses des Lohnanspruches ein Verweigerungsrecht des Kommittenten zu setzen.

Rocholl-Niedner[1]) hat seiner Zeit bei den Vorschlägen zum Entwurfe eines B.G.B. zu dem entsprechenden Paragraphen auch den Vorschlag gemacht, dem Mäkler jeden Doppeldienst zu untersagen, da es unter allen Umständen gerechtfertigt sei, der naheliegenden Gefahr, dass der Mäkler vorzugsweise seinen eigenen Vorteil verfolge, vorzubeugen und auch das leitende Motiv zu Unredlichkeiten dadurch zu beseitigen, dass man eine doppelte Vergütung für diese Dienste verbiete.

Der Gesetzgeber hat mit Recht diese Vorschläge unbeachtet gelassen, da sie viel zu weitgehend sind und auch das Wesen der Doppeltätigkeit verkennen. Wir haben im § 6 auseinandergesetzt, dass eine solche Doppeltätigkeit durchaus im Willen und Interesse der Parteien liegen kann und jede der Parteien nach Abschluss des Vertrages den Lohn zu zahlen gern bereit sein wird. Die Doppeltätigkeit als solche braucht noch keineswegs ein unredliches Gebahren des Mäklers zu involvieren.

Riesenfeld[2]) will wohl umgekehrt eine subsidiäre Haftung des Gegenkontrahenten für den Mäklerlohn statuieren und diese de lege ferenda berücksichtigt

---

[1]) Rocholl-Niedner a. a. O. S. 232.
[2]) Riesenfeld in Gruchot a. a. O. Bd. 37, S. 550—551.

wissen. Wir können dies darum nicht billigen, weil ein Vertragsverhältnis zwischen dem Mäkler und dem Gegenkontrahenten überhaupt bestritten werden muss[1]).

Was endlich den § 656 mit seinen Bestimmungen über den Ehemäklervertrag betrifft, so meinen wir, angesichts der mancherlei Missstände, die sich aus ihnen ergeben und die im gemeinen Recht und im A.L.R. nicht hervorgetreten sind, dass es besser wäre, es der Prüfung des einzelnen Falles zu überlassen, ob der Ehemäklervertrag als unsittlich anzusehen und darum seine Wirksamkeit zu beschränken ist oder nicht[2])

[1]) Vergl. § 7.

[2]) Gleicher Ansicht: Schindler a. a. O. S. 91.

Der Mäkler im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Römischen Recht.

I. Allgemeine Uebersicht 9–13
II. Römisches Recht; Uebergangsrechte 14–28
III. Der Mäklervertrag im System des B.G.B. und sein Anwendungsgebiet 29–34
IV. Der rechtliche Charakter des Mäklervertrages . . 35–43
V. Die Tätigkeit des Mäklers 44–49
VI. Die Rechte und Pflichten des Mäklers 50–82
VII. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers . . . 83–89
VIII. Der Mäklerlohn 90–97
IX. Beendigung des Mäklervertrages 98–102
X. Der Ehemäklervertrag 103–110
XI. De lege ferenda 111–114